Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse im künftigen Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen.

Vorgelegt von:

Anton Heinzl

aus

Burghausen.

Referendar am Landgerichte II zu München.

Approbiert am 20. Juni 1931.

Ebersberg
Buch- und Verlagsdruckerei Karl Schmidle
1931

Referent: Herr Universitätsprofessor Dr. Köhler.

MEINEN ELTERN

IN DANKBARKEIT UND VEREHRUNG ZUGEEIGNET.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. 9

I. Hauptteil: Das Problem.

§ 2. Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. 11
§ 3. Die Einteilung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. 14
§ 4. Allgemeines über den Zusammenhang mit der Teilnahmelehre. 18

II. Hauptteil: Die Lösung des Problems.

1. Teil:

Die Lösung des Problems im Reichsstrafgesetzbuch.

§ 5. § 50 des Reichsstrafgesetzbuches. 21

2. Teil:

Die Lösung des Problems in den einzelnen Entwürfen.

§ 6. § 80 des Vorentwurfs von 1909. 28
§ 7. § 34 des Gegenentwurfs von 1911. 33
§ 8. § 37 des Kommissionsentwurfs von 1913. 34
§ 9. § 30 des Entwurfs von 1919. 38
§ 10. Die Abänderungsvorschläge der österreichischen kriminalistischen Vereinigung und der Münchener juristischen Studiengesellschaft. 41
§ 11. § 28 des amtlichen Entwurfs von 1925. 42
§ 12. § 32 der Reichstagsvorlage von 1927. 49
§ 13. Zusammentreffen mehrerer Strafschärfungs- oder Milderungsgründe sowie von ersteren mit letzteren. 50

III. Hauptteil: Die einzelnen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im künftigen Strafrecht.

§ 14. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen. 52
§ 15. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse welche die Strafbarkeit vermindern. 63
§ 16. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit ausschließen. 68
§ 17. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit begründen. 76

§ 18. Schlußwort. 82

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1922.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1925.

Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, 3. Bearbeitung, 11. Auflage, 1929.

Bauer Wilhelm, Die accessorische Natur der Teilnahme, Dissertation Göttingen 1904.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

derselbe, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung; zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, Berlin-Grunewald 1922.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1898.

Bernhardt, Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer (§ 50 StGB), Dissertation Breslau 1909.

Berolzheimer, Die accessorische Natur der Teilnahme, München und Berlin 1909.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Leipzig 1902.

Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Leipzig 1910.

derselbe, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter.

Büll, Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme, Dissertation Rostock 1903.

Bumke, Der Neue Strafgesetzentwurf (1925), in Deutsche Juristenzeitung 1925, Heft 1.

Cohn, in Gerichtssaal, Bd. 87, S. 343.

Der deutsche Strafgesetzentwurf, Berichte und Abänderungsvorschläge bei der ersten Tagung der österreichischen kriminalistischen Vereinigung vom 13. bis 18. 10. 1921, Leipzig 1921.

Doerr, in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 71, S. 342 f.

Dohna Graf zu, Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuche, in Juristische Wochenschrift 1921, Heft 7.

Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet, Berlin 1914.

derselbe, Der Entwurf 1927 eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nach der Fassung des Reichsrates, in deutsche Juristenzeitung XXXII, 1927, Heft 9.

derselbe, Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, XV, 1921, Heft 3/4.

derselbe, Zur Kritik der Strafgesetzentwürfe, in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, XV, 1921, Heft 11.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 2, 4, 6, 8, 9, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 31, 38, 39, 42, 44, 50, 53, 54, 60, Rechtspr. 4.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1921: 1. Teil, Entwurf der Strafrechtskommission (1913); 2. Teil, Entwurf von 1919; 3. Teil, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.

Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, nach den Beschlüssen der Strafrechtskommision, Berlin 1913.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 15. neubearbeitete Auflage, Tübingen 1924.
Fuchs, Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung, Dissertation Breslau 1906.
Gerland, Kritische Bemerkungen zum Strafgesetzbuchentwurf 1919, Tübingen 1921.
Getz, Gutachten, Mitteilungen der JKV, Bd. V.
Hamm, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in Deutsche Juristenzeitung XVI, 1911, Heft 1.
Herzog, Über Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Strafgesetzbuches, mit besonderer Rücksicht auf die Lehre der Teilnahme, in Gerichtssaal XXIV.
Hippel von, Deutsches Strafrecht, Berlin 1925.
Hoegel, Accessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft LXXXVII 1916, Heft 6—8.
Hofacker, Die Reform des Strafgesetzbuchs, eine Besprechung des Entwurfs von 1919, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1921.
Jankovitsch, Der Einfluß besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme, kritische Studie, Dissertation München 1911.
Justizkommission des deutschen Vereins für Psychiatrie, Bemerkungen zum Vorentwurf des deutschen Strafgesetzbuches, Jena 1910.
Kirch, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 des Strafgesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe, Dissertation Köln 1927.
Klosak, Welches sind die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 RSTGB? Dissertation Heidelberg 1907.
Köhler, Deutsches Strafrecht, 1917.
derselbe, Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, Nürnberg und Leipzig 1910.
derselbe, Strafrechtliche Bestimmungen grundlegender Art in neueren Entwürfen und Gesetzen, Rektoratsrede, Erlangen 1929.
Kohler, Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen, in Goltd. Arch. LI, 1904, S. 169 ff.
derselbe, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890.
derselbe, Teilnahme und Urheberschaft, in Goltd. Arch. 58, 1911, S. 1 ff.
derselbe, Über den Gegenentwurf eines Strafgesetzbuchs, in Goltd. Arch. LVIII, 1911, S. 289 ff.
Kohlrausch & Aschrott, Reform des Strafrechts, kritische Besprechung des Entwurfes von 1925, Berlin 1926.
Koppmann, Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an reinen Militärdelikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtbeamten an reinen Beamtendelikten, 1903.
Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer, Breslau 1899, Strafrechtliche Abhandlungen XXIV.
Leipziger Kommentar, § 50 No. 1 f.
Liepmann, Die Reform des deutschen Strafrechts, Kritische Bemerkungen zu dem Strafgesetzentwurf, in Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, II, 1921.
Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Auflage, 1921.
Lobe, Der Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuchs, in Juristische Wochenschrift LIV, 1925, I, S. 882 ff.
Mayer M. E., Der allgemeine Teil des Strafrechts, Heidelberg 1915.
Mezger, Moderne Strafrechtsprobleme, Rede, Marburg 1927.
Motive zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Nagler, Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11. Auflage, Berlin 1927.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 14. Auflage, Berlin 1901.
Ortmann, Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, in Goltd. Arch. XXII.
Redslob, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, Breslau 1909, Strafrechtliche Abhandlungen 97.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1879.
Rüdorff-Stenglein, Das Strafgestzbuch für das deutsche Reich, 4. Auflage, 1892.
Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts mit Studium der Entwürfe von 1919 bis 1925, Leipzig 1925.
Schönzeler, Das Problem der Teilnahme im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der letzten deutschen sowie ausländischer Strafgesetzentwürfe, Dissertation Erlangen 1926.
Scholz, Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, unter Berücksichtigung der deutschen sowie ausländischen Strafgesetzentwürfe, Dissertation Bonn 1928.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1874.
Sonanini, Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen, Dissertation Erlangen 1897.
Stoll, Begriff und Umfang der accessorischen Natur der Teilnahme nach dem Reichsstrafgesetzbuch, Dissertation Erlangen 1912.
Suckel, Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, Dissertation Breslau 1910.
Tosetti, Die Möglichkeit strafbarer Anstiftung und Beihilfe zu Handlungen noch nicht zwölfjähriger Personen, Dissertation Leipzig 1908.
Verhandlungen des Reichstags, III. Wahlperiode 1924, Band 415, Anlagen zu den stenographischen Berichten No. 3257—3401, Berlin 1927: Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und zwei Anlagen.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, bearbeitet von der hiezu bestellten Sachverständigenkommission, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamtes, Berlin 1909.
Vorschläge zum Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchener juristischen Studiengesellschaft, München 1922.
Wach, Der neue Strafgesetzentwurf (1925), Allgem. Teil in Deutsche Juristenzeitung XXX, 1925, Heft 7.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1911.

Abkürzungen:

RStGB. = Reichsstrafgesetzbuch.
VE. = Vorentwurf von 1909.
GE. = Gegenentwurf von 1911.
KE. = Kommissionsentwurf von 1913.
E. 19 = Entwurf von 1919.
E.Mü. = Entwurf München.
AE. = Amtlicher Entwurf von 1925.
E. 27 = Reichstagsvorlage von 1927.

§ 1.

Einleitung.

Das heute geltende Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 regelt in § 50 die Frage des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer wie folgt: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen". Ehe wir das in dieser Bestimmung geregelte Problem und seine Behandlung in den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch einer kritischen Betrachtung unterziehen, erscheint uns ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 50 nicht unzweckmäßig.

Schon das römische Strafrecht, das im allgemeinen für die Gleichbehandlung aller an einem Delikt Beteiligten eintrat, erkannte es in einzelnen Fällen als eine Forderung der Gerechtigkeit an, daß gewisse persönliche Momente in ihrem Einfluß auf die Strafbarkeit nur demjenigen zugerechnet werden dürfen, bei welchem sie vorliegen. So wurde z. B. jener Fremde, der einem Haussohn bei einem gegen den Hausvater begangenen Diebstahl Hilfe geleistet hatte, wegen Diebstahls bestraft, obwohl der Haussohn selbst wegen seiner persönlichen Beziehung zum Verletzten straflos blieb. Die individuelle Zurechnung persönlicher Momente finden wir im römischen Strafrecht freilich nur in wenigen, ausdrücklich geregelten Fällen, eine allgemeine Norm dieses Inhalts suchen wir vergebens. Dagegen behandeln die italienischen Juristen des Mittelalters unser Problem nicht mehr casuistisch, sondern generell und in Abhängigkeit von der Auffassung der Teilnahme überhaupt. Der Gegensatz von objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie tritt in den Schriften der Postglossatoren Bartolus und Baldus erstmals in Erscheinung. Nach der ersteren Lehre soll die persönliche Stellung des Täters auch für die Behandlung der Teilnehmer ausschlaggebend sein, nach der letzteren Ansicht sollen die in der Person des einen Beteiligten vorliegenden Qualifizierungs- oder Privilegierungsgründe auf die anderen Beteiligten ohne Einfluß bleiben. Diesen Fortschritten des Mittelalters folgte eine Ruhepause von Jahrhunderten; erst Ende des 18. Jahrhunderts fand die Frage des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teil-

nehmer in Gesetzgebung und Literatur neuerdings Beachtung. Die gemeinrechtlichen Juristen zogen auch die strafbegründenden Umstände in die Erörterung ein und waren sich darüber klar, daß für eine fruchtbare Lösung des Problems die eingehende Erforschung des Wesens der Teilnahme die Grundlage bilden müsse. So gelangte man zu einer halbwegs festen Statuierung des Prinzips der Accessorietät der Teilnahme. Der Gegensatz zwischen objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie blieb bestehen und mußte naturnotwendig in den deutschen Strafrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts seinen Niederschlag finden. Weitaus die meisten Partikularstrafgesetze stellten sich auf den Boden der objektiven Lehre. Was die individuelle oder generelle Zurechnung persönlicher Momente betrifft, so wurde eine ausdrückliche Regelung dieser heiklen Frage vielfach ängstlich vermieden[1]) oder man beschränkte sich, wie z. B. das preußische Strafgesetzbuch von 1851, auf eine spärliche Casuistik. Andere Strafgesetze[2]) fanden den Mut, für die individuelle Anrechnung persönlicher Momente mit klaren Worten einzutreten. Wieder andere Partikularstrafrechte[3]) vertraten ihren objektiven Standpunkt auch bezüglich unseres Problems durch eine ausdrückliche Bestimmung. Dieses bunte Mosaik partikulärer Normen fand schließlich durch den Norddeutschen Bund und das Deutsche Reich ein Ende. Der erste Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund bestimmte in § 41 Abs. III: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Tat wegen besonderer, in der Person des Täters liegenden Eigenschaften oder Verhältnisse erhöht oder vermindert, so sind diese die besondere Strafbarkeit bedingenden Umstände nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer in Betracht zu ziehen, bei dem sie vorliegen". Diese Bestimmung erhielt im zweiten Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als selbständiger § 48 jene Fassung, die der § 50 des Reichsstrafgesetzbuches übernommen hat. Die Begründung wurde den Motiven zum Bremischen Entwurf von 1868 entnommen, dessen § 82 jedoch auch die strafentscheidenden Momente einbezogen hatte, — eine Maßnahme, deren Zweckmäßigkeit in der gegenwärtigen Strafrechtsreform eine bedeutende Rolle spielt.

---

[1]) z. B. in den Strafgesetzbüchern von Sachsen 1838, Hannover 1840, Hessen 1842, Nassau 1849, Thüringen 1850.

[2]) z. B. Bayern 1813 und 1861, Oldenburg 1814, Braunschweig 1840, Oesterreich 1852.

[3]) z. B. Württemberg 1839, Baden 1845.

I. Hauptteil:
Das Problem.

§ 2.
Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse.

Der Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse ist bestritten, eine gesetzliche Definition findet sich weder im Reichsstrafgesetzbuch noch in irgend einem der Entwürfe; und doch ist die Klärung des Begriffes sowohl für das gegenwärtige wie für das künftige Strafrecht von größter praktischer Tragweite.

Wie aus dem Nachsatz des § 50 hervorgeht, bilden die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse eine Unterart innerhalb der besonderen Tatumstände und werden im Gegensatz zu den der Handlung selbst innewohnenden Tatumständen einer individuellen Berücksichtigung unterworfen. Geleitet von der viel vertretenen Meinung[1]), die vom Gesetz gewählten Ausdrücke „Eigenschaften" und „Verhältnisse" seien so allgemein und unbestimmt, daß aus ihnen ein leitender Grundsatz nicht gewonnen werden kann, legen Krug[2]), der in der Auffassung, was man unter persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu verstehen habe, von der herrschenden Meinung besonders stark abweicht, und Redslob[3]) das Hauptgewicht auf das Attribut „persönlich". Krug meint, daß in diesem Falle dem Wort „persönlich" ein engerer Sinn, eine speziellere Bedeutung beigelegt werden müsse und daß darunter nur das verstanden werden dürfe, was einer Person so ausschließlich eigentümlich ist, „daß es alle seine Äußerungen in jeder Beziehung auf diese beschränkt und kein anderer derselben teilhaftig werden kann . . .". Im Gegensatz dazu hält Rubo[4]) mit der herrschenden Lehre[5]) die Ausdrücke „Eigenschaften" und „Verhältnisse" für entscheidend und definiert: Persönliche Eigenschaften = die Beschaffenheit des Wesens eines Menschen, persönliche Verhältnisse = die Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgend einem Ding.

---

[1]) Bernhardt 3, Büll 16, Jankovitsch 74, Kirch 9, Klosak 4, Redslob 14, Scholz 21 f, Suckel 10.
[2]) a.a.O. 72.
[3]) a.a.O. 14 f.
[4]) a.a.O. § 50 Nr. 2 und 3.
[5]) z. B. Borchert 34, Frank § 50 Nr. 1, Olshausen § 50 Nr. 1.

Andere[6]) halten eine rein begriffliche Interpretation der Sprache des Gesetzes in diesem Falle überhaupt für unfruchtbar und wollen bei der Auslegung des § 50 auf den leitenden Gedanken der Bestimmung und ihre besondere Stellung in der sie umgebenden Rechtsmaterie zurückgehen, wobei einige[7]) von ihnen eine Unterscheidung zwischen Eigenschaften und Verhältnissen überhaupt für undurchführbar, aber auch für entbehrlich halten. Endlich leugnen einige[8]) überhaupt die Brauchbarkeit allgemeiner Definitionen über die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und behaupten, man könne zu einem wirklich praktischen und lückenlosen Ergebnis nur gelangen, wenn man das Gesetz in den Fällen des speziellen Teils, in welchen persönliche Momente einen Einfluß auf die Strafbarkeit üben, bei jedem solchen Tatumstand untersucht, ob sich seine individuelle Berücksichtigung notwendig macht.

Diese Meinungsverschiedenheiten entbehren u. E. einer sachlichen Grundlage. Mögen die verschiedenartigen Definitionen, die im Laufe der Zeit über den Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse aufgestellt wurden, in der Tat nicht ganz zutreffend sein und daher zur Kritik Anlaß geben, so glauben wir doch, daß dieser Streit seine Wurzel lediglich in der Schwierigkeit hat, für eine derartige Definition die passenden Ausdrücke zu finden, daß man sich aber über die Sache selbst im wesentlichen einig ist. So haben auch diejenigen, welche die Definitionen Rubo's zu kritisieren sich veranlaßt sahen, wohl gewußt, was Rubo darunter verstanden wissen wollte. Wir müssen uns eben mit dem Gedanken vertraut machen, daß an diese Definitionen nicht der sonst übliche strenge Maßstab juristischer Präzision angelegt werden darf, weil wir sonst angesichts der Armut unseres Sprachschatzes auf solche Definitionen gänzlich verzichten müßten. Das letztere aber würde doch das größere Übel bedeuten. Cum grano salis verstanden scheinen uns mit der herrschenden Lehre die Definitionen Rubo's durchaus annehmbar. Man[9]) hat Rubo hauptsächlich vorgeworfen, daß „Beschaffenheit" und „Beziehung" letzten Endes ein und dasselbe bedeuten. Dabei ist außer acht gelassen worden, daß nicht die Worte „Beschaffenheit" und „Beziehung" die kennzeichnenden sind, sondern gerade die anderen Bestandteile seiner Definitionen. Diese letzteren geben klar zum Ausdruck, daß unter persönlichen Eigenschaften das zu verstehen ist, was den isolierten Einzelmenschen kennzeichnet, unter persönlichen Verhältnissen dagegen das, was seine Stellung zur gesamten Umwelt charakterisiert. Unter Anwendung dieses Kriteriums läßt sich feststellen, welche der im

[6]) z. B. Bernhardt 3, Büll 16, Herzog 125, Jankovitsch 75, Kirch 10, Scholz 22, Suckel 10.
[7]) z. B. Büll, Herzog, Jankovitsch, Scholz: a.a.O.
[8]) z. B. Bernhardt 71, Büll 16 f.
[9]) z. B. Büll 16, Herzog 125, Jankovitsch 74, Scholz 21.

Gesetz vorkommenden Tatumstände unter die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und unter welche dieser beiden Kategorien sie einzurechnen sind. Ist aber dieser Zweck erreicht, so erscheint es uns nicht angebracht, den Definitionen wegen mangelnder Genauigkeit die Gefolgschaft zu versagen. Wir sind also der begründeten Meinung, daß aus der Ausdrucksweise des Gesetzes sehr wohl ein leitender Grundsatz darüber gewonnen werden kann, was unter persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu verstehen ist. Die Gegner dieser Meinung behaupten, nur die Betrachtung der besonderen Tatumstände des besonderen Teils könne ergeben, ob sie individuell anzurechnen sind oder nicht. Der umgekehrte Weg ist der richtige. Die Begriffe der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse stehen ihrer Bedeutung nach fest und die einzelnen Tatumstände des besonderen Teils sind darauf zu prüfen, ob sie sich unter diese Begriffe subsumieren lassen; wenn ja, dann und nur dann ist ihre individuelle Anrechnung geboten. Nicht die einzelnen Tatumstände bestimmen den Bereich des § 50 und seiner Nachfolger in den Entwürfen, sondern diese allgemeinen Paragraphen müssen Maß geben für Zahl und Art der individuell anzurechnenden Tatumstände. Wenn wir auch anerkennen, daß die ratio legis für die Auslegung das Entscheidende sein muß, so können wir doch nicht zugeben, daß die zwar weiten, aber immerhin verständlichen Worte des Gesetzes als bedeutungslos beiseite geschoben werden.

Wenn wir einige Beispiele nennen, so erscheinen als persönliche Eigenschaften ohne weiteres: Größe, Gewicht, Geschlecht, Alter, Blindheit, Taubstummheit, Geisteskrankheit, Geistesschwäche; aber auch kurzdauernde Zustände sind nach richtiger Ansicht hierherzurechnen, wie z. B. Bewußtlosigkeit, Trunkenheit, seelischer Erregungszustand der Gebärenden (vgl. unten).

Die persönlichen Verhältnisse sind außerordentlich vielgestaltig und lassen sich wie folgt gliedern:

1. Verhältnisse zu anderen Menschen
   a) überhaupt: z. B. Verwandtschafts-, Schwägerschafts-, Geschwister-, Eltern-, Ehegatten-, Angehörigen-, Freundschafts-Verhältnis.
   b) in einzelnen Beziehungen: z. B. Verhältnis als Mündel, Pflegling, Lehrling, Zögling, Hausgenosse, Übergeordneter, Rädelsführer, Vertrauensmann.
2. Verhältnisse zum Staat: z. B. Verhältnis als Deutscher, Ausländer, Exterritorialer, Beamter, Soldat.
3. Verhältnisse zur Tat: z. B. Gewerbsmäßigkeit, Gewohnheitsmäßigkeit, Rückfälligkeit, Rücktritt vom Versuch, tätige Reue, „Rücktritt“ vom vollendeten Delikt.
4. Verhältnisse zur Lebensführung: z. B. Beruf (Arzt, Geistlicher), Trunksüchtigkeit, Morphinismus etc., Liederlichkeit, Arbeitsscheu, Vagantentum.

Zahlreiche Eigenschaften und Verhältnisse sind strafrechtlich bedeutungslos, so z. B. Größe, Gewicht, Freundschaftsverhältnis. Unsere Betrachtung beschränkt sich natürlich auf jene persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche auf die strafrechtliche Behandlung einen Einfluß ausüben.

Die herrschende Meinung verlangt für den Begriff der „Eigenschaft" eine gewisse Dauer, wobei allerdings das Reichsgericht[10]) schon frühzeitig darauf hingewiesen hat, daß der Mensch im Laufe der Zeit seine Eigenschaften ändern kann und daß daher nach der Natur der Sache die Dauer keine unbegrenzte zu sein braucht. Ortmann[11]) hat u. E. mit Recht gesagt, daß der Gesetzgeber keinen Grund gehabt habe, mit dauernden Eigenschaften eine andere rechtliche Wirkung als mit vorübergehenden zu verbinden, daß weder der Wortlaut des Gesetzes, noch der Sprachgebrauch des Lebens, noch der innere Grund des § 50 es rechtfertigen, für die persönlichen Eigenschaften im Sinne des § 50 das Moment des Dauernden als Erfordernis aufzustellen. Dieser Meinung Ortmanns möchten wir uns mit zahlreichen Schriftstellern anschließen. Der Wegfall des Dauererfordernisses bei den persönlichen Eigenschaften ist umso mehr zu begrüßen, als es unmöglich ist, einen Maßstab dafür zu finden, welcher Zeitraum bei einem Tatumstand für die Bejahung der Eigenschaftsqualität erforderlich und genügend sein soll.

Daß für die persönlichen „Verhältnisse" eine bestimmte Dauer keinesfalls zu fordern ist, wird allgemein anerkannt.

§ 3.

Die Einteilung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse.

Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse können einen Einfluß auf die Strafbarkeit nicht nur dann ausüben, wenn sie beim Täter oder Teilnehmer vorliegen, sondern auch, wenn sie bei dem durch die strafbare Handlung Verletzten vorliegen. So ist z. B. nach § 176 Nr. 3 RStGB. das Kindesalter derjenigen Person, an welcher unzüchtige Handlungen vorgenommen werden, eine persönliche Eigenschaft, welche die Strafbarkeit des Täters oder Teilnehmers begründet, und nach § 306 I E. 27 ist die Jugendlichkeit der verkuppelten Person ein straferhöhender Umstand für Täter und Teilnehmer der Kuppelei. Solche dem Verletzten anhaftende persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beeinflussen — ihre Kenntnis vorausgesetzt — stets

[10]) Entscheidung in Strafsachen: 4, 184.
[11]) Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, in Goltd. Arch. Bd. 22.

die Strafbarkeit sämtlicher an dem Delikt Beteiligten in gleicher Weise und bedürfen daher im Rahmen dieser Arbeit keiner Erörterung. Was hier interessiert, ist der Einfluß der bei einem Täter oder Teilnehmer feststellbaren persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der übrigen Beteiligten.

Bei der großen Zahl und Vielgestaltigkeit der für die Strafbarkeit erheblichen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse muß eine Einteilung Platz greifen und zwar namentlich deshalb, weil sich an die einzelnen Gruppen nicht immer die gleiche Rechtswirkung knüpft, wobei zu erwähnen ist, daß ein und derselbe Tatumstand mehreren Gruppen angehören kann (z. B. Verwandtschaft, Beamtenverhältnis, Gewerbsmäßigkeit sind sowohl strafbegründende als auch straferhöhende Tatumstände).

Bei dem Versuch einer systematischen Einteilung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse kommt Krug[1]) im Anschluß an seine Gliederung des Deliktes in Wille, Handlung und Erfolg zur Zerlegung der Tatumstände in Willens-, Handlungs- und Erfolgsumstände und lehrt: Willensumstände wirken stets nur individuell, Erfolgsumstände stets allgemein, Handlungsumstände teils individuell und teils allgemein, je nachdem sie vor oder hinter dem Vereinigungspunkte der Handlungen gelegen sind. Außer diesen drei Kategorien gebe es noch andere Momente, die dem Tatbestand, aber nicht dem Delikt angehören und daher die Schuld nicht berühren können. Dies seien die einzigen reinen Strafbarkeitsmerkmale, die keinen Schuldanteil enthalten und vor dem Willen oder hinter dem Erfolge liegen (z. B. die Fälle des objektiven Schadens). Diese letzteren Fälle sind mangels Schuldgehaltes für unsere Betrachtung von geringer Bedeutung, sodaß sich unter Berücksichtigung der großen Seltenheit der vor dem Vereinigungspunkt liegenden Handlungsumstände als Kernpunkt der Theorie Krugs ergibt, daß in der Hauptsache nur die Willensmomente individuell anzurechnen sind. Im praktischen Ergebnis stimmt Krug daher mit Birkmeyer[2]) und Redslob[3]) überein, welche die Unterscheidung zwischen Willens- und Tatmomenten vertreten und erstere individuell, letztere generell anrechnen wollen. Ortmann[4]) unterscheidet subjektive und objektive Begriffsmerkmale und subjektive und objektive Strafbarkeitsmerkmale, wobei er nur den subjektiven Strafbarkeitsmerkmalen individuelle, allen übrigen Merkmalen dagegen generelle Wirkung zuspricht.

---

[1]) a.a.O. 32 ff.
[2]) Lehre von der Teilnahme.
[3]) a.a.O. 16, 56.
[4]) a.a.O. 203.

Eine Kritik dieser Einteilungen würde hier zu weit führen, sie ist aber auch entbehrlich, da wir in diesem Punkte mit den von Jankovitsch[5]) gemachten Ausführungen einig gehen. Wir möchten zwar nicht, wie Jankovitsch es tut, namentlich die Theorie Krugs als wissenschaftlich unrichtig bezeichnen, sie ist aber praktisch nur schwer anwendbar. Die Praxis bedarf einer mehr äußerlichen, sinnfälligen Gliederung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, wie sie längst geschaffen und von der herrschenden Lehre als brauchbar anerkannt ist. Diese herrschende Einteilung sei im folgenden kurz und übersichtlich dargestellt:

I. Strafentscheidende, strafkonstitutive, für die Existenz der Strafbarkeit wesentliche Tatumstände:

1. Strafbegründende Tatumstände:

Sie machen ein an sich strafloses Tun zu einer strafbaren Handlung. Beispiel: Die Verwandtschaft macht den Beischlaf zur Blutschande.

2. Strafausschließende Tatumstände:

Sie lassen ausnahmsweise die Strafbarkeit nicht zur Entstehung gelangen oder beseitigen die bereits zur Entstehung gelangte Strafbarkeit wieder.

a) Unrechtausschließungsgründe:

Tat rechtmäßig, Täter daher schuldlos und straflos. Beispiel: Tötung eines Menschen in Notwehr.

b) Schuldausschließungsgründe:

Tat rechtswidrig, Täter aber schuldlos und daher straflos. Beispiel: Tötung eines Menschen durch einen Geisteskranken.

c) Strafausschließungsgründe im engeren Sinne; persönliche oder echte Strafausschließungsgründe;

Tat rechtswidrig, Täter schuldhaft aber straflos. Beispiel: Diebstahl unter Ehegatten.

d) Strafaufhebungsgründe:

Tat rechtswidrig, Täter schuldhaft und strafbar, aber Strafbarkeit nachträglich beseitigt. Beispiel: Begnadigung, Verjährung.

II. Strafänderungsgründe, die zur Aufstellung eines besonderen Strafrahmens an Stelle der normalen Strafdrohung führen:

1. Strafschärfungsgründe, Qualifizierungsgründe;

Beispiel: Beamtenverhältnis bei den unechten Amtsdelikten.

2. Strafmilderungsgründe, Privilegierungsgründe:

Beispiel: Jugendlichkeit des voll zurechnungsfähigen Täters.

---

[5]) a.a.O. 48 ff.

Zahlreiche Kriminalisten sehen sich veranlaßt, innerhalb der strafändernden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse eine weitere Unterscheidung zu treffen, indem sie den Begriff des Persönlichen zur Ausscheidung der Gruppe der höchstpersönlichen Umstände steigern. So gliedert Ortmann[6]) die persönlichen Erschwerungs- und Milderungsgründe in subjektiv-persönliche und objektiv-persönliche, H. Meyer[7]) in persönliche und rein-persönliche, oder persönliche und höchstpersönliche, Schütze[8]) in mit dem Verbrechen konnexe und rein individuelle Erschwerungs- und Milderungsgründe. Auch sonst finden sich zahlreiche und gewichtige Anhänger[9]) dieser Theorie, welche gewisse Tatumstände, namentlich das jugendliche Alter und die Rückfälligkeit, als höchstpersönliche Umstände aus dem Geltungsbereich des § 50 RStGB. ausschalten will. Der Hauptgrund, welcher für die Ausscheidung maßgeblich sein soll, tritt uns bei Büll[10]) mit aller Deutlichkeit entgegen: „Daß die höchstpersönlichen Eigenschaften und Verhältnisse . . . nur dem Beteiligten zuzurechnen sind, bei dem sie vorliegen, ist gerade mit Rücksicht auf ihre rein individuelle Natur selbstverständlch; das Gesetz würde also etwas ganz Überflüssiges bestimmt haben, eben weil uns die Vernunft allein dieses Resultat finden läßt". Ähnlich sagt Olshausen[11]) unter Berufung auf die Motive: „Es ist in der Tat selbstverständlich, daß solche höchstpersönliche Eigenschaften des Handelnden, welche den rechtlichen Charakter der Handlung selbst ganz unberührt lassen, nur zum Vorteil oder Nachteil desjenigen Delinquierenden wirken können, bei dem sie vorliegen, nicht aber irgend eines Teilnehmers. Demnach bezieht § 50 auf die höchstpersönlichen Eigenschaften sich nicht". Ferner stützt sich diese Theorie auf den Wortlaut des § 50, welcher sagt: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit e i n e r H a n d l u n g . . .".

Wir können diese Gründe nicht überzeugend finden, denn fürs erste erscheint uns die rein individuelle Natur — ein ohnehin fraglicher Begriff — keineswegs immer mit Sicherheit feststellbar, ferner kommt es des öfteren vor, daß die nach Möglichkeit jeden Zweifel ausschließenden Strafgesetze auch etwas „Selbstverständliches" oder „Überflüssiges" aussprechen und schließlich müssen wir mit Stoll[12]) und Suckel[13]) den

---

[6]) a.a.O. 390 ff.
[7]) Lehrbuch, 5. Auflage, 228.
[8]) a.a.O. 146.
[9]) Berner 171, Bernhardt 6, Binding Grundriß 174, Büll 39, Frank § 50 Nr. 2 (betreff Rückfälligkeit für analoge Anwendung des § 50), Herzog 221, Klosak 13, H. Meyer Lehrbuch 229, Olshausen § 50 Nr. 3, Schütze 146 Nr. 12 (mit Zweifeln hinsichtlich der Rückfälligkeit).
[10]) a.a.O. 39.
[11]) § 50 Nr. 3.
[12]) a.a.O. 42.
[13]) a.a.O. 15.

Unterschied zwischen Strafbarkeit der Handlung und Strafbarkeit des Handelnden als Willkürlichkeit bezeichnen; denn immer ist es doch der Handelnde, der wegen einer bestimmten Handlung strafbar ist. Tat und Täter lassen sich eben nicht vollständig trennen[14]). Es ist daher nicht angängig, diese ausgeklügelte Unterscheidung in den § 50 hineinzutragen, dessen Fassung sie nicht vermuten läßt. Die herrschende Lehre[15]), der wir uns anschließen, begreift unter den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des § 50 auch diese sog. höchstpersönlichen Momente. Übrigens ist diese Frage von geringer Wichtigkeit, da sich für die Praxis das gleiche Ergebnis zeigt, ob man nun behauptet, daß jene rein persönlichen Umstände von dem § 50 umfaßt werden oder ob man annimmt, daß schon die Natur und die Bedeutung jener Umstände die an die Anwendung der Bestimmung geknüpfte Wirkung zur Folge haben. Über die Wichtigkeit oder Unwichtigkeit dieser Streitfrage im künftigen Strafrecht wird bei den einzelnen Entwürfen zu sprechen sein.

§ 4.

Allgemeines über den Zusammenhang mit der Teilnahmelehre.

Es handelt sich hier vornehmlich um zwei Fragen: Ist die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnehmerschaft beizubehalten? Wenn ja, soll die Teilnehmerstrafbarkeit von der Täterstrafbarkeit abhängig oder unabhängig sein?

Während bis heute an der Scheidung von Täterschaft und Teilnahme allgemein festgehalten wird, geht die Forderung der Modernen dahin, ein System der vollen Ranggleichheit aller an einer Straftat Beteiligten zu schaffen. Täter soll jeder sein, der in irgend einer Weise zur Tat mitwirkt. Es müßte demnach z. B. der Anstifter oder Gehilfe zu einem Sonderdelikt straflos bleiben, wenn ihm die zur Erfüllung des Tatbestandes erforderliche Qualifikation fehlt. Dies ist nur ein Beispiel jener unbefriedigenden Ergebnisse, zu denen die moderne Richtung führt. Getz[1]) sagt in konsequenter Durchführung der modernen Lehre: „Die Tat des Täters wird für die Tatbestandsfrage in betreff der Teilnehmer ganz indifferent sein". Hiernach wäre die Handlung des „Teilnehmers", isoliert genommen, eine rechtmäßige, während sie, in ihrem ursächlichen Zusammenhang mit der Handlung des besonders vinculierten „Täters" betrachtet, offenbar als ein Verbrechen erscheint[2]). Angesichts dieser Tatsachen erscheint es uns richtiger, an der

[14]) Finger 362, Anm. 471.

[15]) Borchert 34 Anm. 5, Finger 363, Jankovitsch 81, Liszt 233, Oppenhoff § 50 Nr. 5, Ortmann 391, Redslob 13, Rüdorff-Stenglein § 50 Nr. 2, RGSt. 2, 261; 4, 184; 23, 378; 25, 275; 26, 3.

[1]) Mitteilungen der JKV., V 348 ff.

[2]) Jankovitsch 59 f.

erprobten Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme festzuhalten und den an sich zu billigenden Vereinfachungswillen der Modernen nicht zu übertreiben. In diesem Punkte haben wir den Worten Belings nichts hinzuzufügen, wenn er in seiner „Lehre vom Verbrechen" über die moderne Richtung sagt: „. . . Der gleißende Schein der Vereinfachung des Strafrechts durch Streichung des Teilnahmeparagraphen würde sich bitter rächen, denn ein ganzer Rattenkönig von Streitfragen würde aus der von dem Gesetzgeber beliebten Unklarheit geboren werden und gleichermaßen Theorie und Praxis peinigen". Auch die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch haben durchweg den Teilnahmebegriff beibehalten und in diesem Punkte den Forderungen der Modernen die Gefolgschaft versagt.

Das Reichsstrafgesetzbuch bekennt sich in den §§ 48/49 mit aller Deutlichkeit zu dem Prinzip der Accessorietät der Teilnahme und zwar in jener extremen Form, die die Strafbarkeit des Teilnehmers davon abhängig macht, daß der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Auch diese accessorische Natur der Teilnahme wird von den Modernen heftig bekämpft, ist sie doch nach Stoll[3]) ein „unpraktisches und fadenscheiniges Gebilde". Wissenschaftlich haltbar, daher de lege ferenda allein vertretbar sei die Auffassung, die die Teilnahmehandlungen auf selbständige Füße stellt und die Strafe für jeden einzelnen Mitwirkenden selbständig nach dem bemißt, was er allein getan und verschuldet hat[4]). Es mag bis zu einem gewissen Grade richtig sein, daß die accessorische Natur der Teilnahme dem Fundamentalprinzip unseres Strafrechts, dem Prinzip der individuellen Haftung, widerspricht[5]) — ein Widerspruch, der durch die Bestimmung des § 50 RStGB. teilweise unschädlich gemacht wird. Die völlige Beseitigung der Accessorietät würde aber in das Strafrecht noch weit schwerere Widersprüche hineintragen. Wirft man der herrschenden Lehre das einseitige Bekenntnis zu dem abstrakten, generalpräventiven Tatprinzip vor, so kann man mit gleicher Berechtigung der modernen Richtung des Strafrechts zum Vorwurf machen, daß sie in einseitiger Einstellung das konkrete, spezialpräventive Täterprinzip zur Herrschaft bringen will[6]). Keine dieser extremen Richtungen vermag uns zu befriedigen, wir werden notwendig auf den Weg des Kompromisses gedrängt, der, wie oft, so auch hier der einzig gangbare ist[7]). Es scheint uns daher richtig der Satz von E. Mezger[8]): „Die Strafe soll sich richten nach der objektiven Rechtsverletzung in Verbindung mit der Persön-

[3]) a.a.O. 71.
[4]) Jankovitsch 14, 59.
[5]) Berolzheimer 53 f.
[6]) Mezger a.a.O. 10 f.
[7]) Gleicher Meinung v. Liszt und Redslob.
[8]) In ZStW. 49, 64.

lichkeitsadäquanz der begangenen Tat" und den gleichen Gedanken finden wir bei Krug[9]): „Es liegt (dieser Frage) eben eine Verbindung der beiden Begriffe, des der Teilnahme und des der verschiedenen Umstände zugrunde". Es kann daher keine völlige Beseitigung, sondern lediglich eine Lockerung der Accessorietät in Frage kommen. Durch § 50 hat das Reichsstrafgesetzbuch der Individualität des einzelnen an der Straftat Beteiligten gewisse Zugeständnisse gemacht in Erkenntnis der Tatsache, daß die Sonderstellung des Täters im sozialen Leben und seine persönliche Beziehung zu dem verletzten Gute die begangene Tat oft in besonderer, größerer oder geringerer Schwere erscheinen läßt. Es war schon den Schöpfern des Reichsstrafgesetzbuches klar, daß die strenge Durchführung der Accessorietät in solchen Fällen zu Unbilligkeiten führen muß, in denen die Strafe des Täters wegen seiner persönlichen Stellung von dem üblichen Strafmaß abweicht, und daß es zu ungerechter Härte oder unbilliger Milde führen würde, wollte man in diesen Sonderfällen die Strafänderung auch auf die Teilnehmer wirken lassen, die selbst außerhalb der gedachten Beziehung stehen[10]). Die Schaffung des § 50 war daher die Erfüllung jenes Grundgedankens der Motive, daß „ein jeder nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll"[11]).

Durch § 50 RStGB. werden nur jene persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse betroffen, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. Oft wird aber durch die persönliche Qualifikation des Täters eine sonst irrelevante Tat erst zu einer Gesetzesverletzung oder verliert andererseits dadurch ihre strafrechtliche Bedeutung. Von diesen strafbegründenden und strafausschließenden Momenten persönlicher Natur erwähnt das Reichsstrafgesetzbuch nichts, überläßt vielmehr die Regelung ihres Einflusses auf die Strafbarkeit der Teilnehmer der Wissenschaft und Praxis. Eine befriedigende Lösung kann das nicht bedeuten, denn durch diese brachylogische Konstruktion des § 50 wird dem Streit der Meinungen Tür und Tor geöffnet. Die mittelbare Täterschaft, die Teilnahme des extraneus am Sonderverbrechen, die Strafbarkeit des extraneus-Mittäters und die Strafbarkeit des intraneus-Teilnehmers am Sonderdelikt des extraneus — das sind einige jener Spezialprobleme, die durch eine klare Gesetzesbestimmung hätten gelöst werden sollen. Die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch haben versucht, die bruchstückweise Regelung des § 50 auf ihren wünschenswerten Umfang zu ergänzen. Ob ihnen dies gelungen ist, wird im zweiten Hauptteil zu zeigen sein.

---

[9]) a.a.O. 4.
[10]) Bernhardt 2, 70 f., Kirch 2.
[11]) Motive zu § 50 RStGB.

II. Hauptteil:

Die Lösung des Problems.

1. Teil: Die Lösung des Problems im Reichsstrafgesetzbuch.

§ 5.

§ 50 des Reichsstrafgesetzbuches.

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

Nur wenige Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches haben zu so zahlreichen Streitfragen und Auseinandersetzungen Anlaß gegeben wie der vorstehende § 50; man hat an ihm so ziemlich jedes Wort als unbrauchbar oder mißverständlich beanstandet.

Wir haben bereits oben (§ 2) ausführlich dargelegt, daß der Ausdruck „Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" bei etwas gutem Willen keineswegs so mißverständlich ist, wie von zahlreichen Schriftstellern behauptet wird, daß ferner die Worte „. . . Strafbarkeit einer Handlung . . ." uns nicht zur Ausscheidung der sog. höchstpersönlichen Umstände aus dem Geltungsbereich des § 50 veranlassen können (§ 3 am Ende).

Man hat weiterhin angezweifelt, ob die besonderen Tatumstände auch dann für die Teilnehmer zu berücksichtigen sind, wenn sie nur bei ihnen, nicht aber auch beim Täter vorliegen, ob also z. B. der Sohn, der zur Tötung seines Vaters einen Fremden anstiftet, wegen Anstiftung zum gewöhnlichen Totschlag oder zum Aszendententotschlag bestraft werden soll. Diejenigen Schriftsteller, welche hier den Sohn nur wegen Anstiftung zum gewöhnlichen Totschlag bestrafen wollen, stützen sich auf die Worte des Gesetzes: „. . . welcher dieselbe begangen hat . . .". Aus diesen Worten gehe hervor, daß die Haupttat und die Qualifikation des Täters den Angelpunkt bilden, daß also diese Eigenschaften, wenn sie beim Täter nicht vorliegen, beim Teilnehmer unbeachtlich sind. U. E. mit Recht haben andere[1]) betont, daß die Worte „welcher dieselbe begangen hat" auch auf die Teilnehmer zu beziehen sind, da ja

[1]) z. B. Bernhardt 9, Büll 41, 48, Krug 15, Suckel 17.

auch sie durch ihre Beteiligung eine strafbare Handlung begangen hätten. Es ist verwunderlich, daß gerade auch solche Schriftsteller, welche im übrigen die Fassung des § 50 gerne als ungenau und vage bezeichnen, in diesem Punkte sich der grammatikalischen Interpretation verschrieben haben, obwohl sie selbst zugeben müssen, daß ihre streng wörtliche Auslegung zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, wie sie der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben kann. Übrigens sind die hier in Frage stehenden Worte des § 50 keineswegs solche, daß man ihnen Gewalt antun müßte, um zu der von uns vertretenen Auslegung zu gelangen. Binding[2]) kommt zu unserem Ergebnis im Wege eines Analogieschlusses, ein Weg, der von den Gegnern der hier vertretenen Meinung als unzulässig verworfen wird und der u. E. ein überflüssiger und daher zu vermeidender Umweg ist. Wie Suckel[3]) richtig darlegt, gestattet uns die Erwähnung der Teilnehmer im Nachsatz unter denjenigen, welche nach dem Vordersatz eine strafbare Handlung begangen haben, auch die Teilnehmer zu verstehen. Es wäre verfehlt, in die Worte des Gesetzes eine ausgeklügelte Bedeutung hineinzutragen, die ihm fremd ist und die uns hindert, dem Prinzip des § 50 volle Geltung zu verschaffen.

Die herrschende Lehre hat an § 50 auch die Erwähnung des Mittäters unter den Teilnehmern beanstandet, ein Standpunkt, dem wir uns mit zahlreichen Schriftstellern[4]) nur anschließen können. Man kann wohl den Mittäter als einen am Delikt Beteiligten bezeichnen, irreführend dagegen ist es, ihn als Teilnehmer anzusprechen, denn dadurch wird der Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme verwischt. Die wesentliche Verschiedenheit der beiden Deliktsformen beruht nach der subjektiven Theorie auf der Kontroverse von animus auctoris und animus socii, nach der u. E. vorzuziehenden objektiven Theorie darauf, daß der Täter und also auch der Mittäter tatbestandsmäßige Handlungen verwirklicht, während die Tätigkeiten des Teilnehmers (Anstifter und Gehilfe) niemals den Tatbestand der konkreten Deliktsfigur ergeben. § 47 RStGB. spricht nur davon, daß jeder Mittäter als Täter b e s t r a f t w i r d, statt in eindeutiger Weise auszusprechen, daß jeder Mittäter Täter i s t. Damit würde sich ohne weiteres die Erwähnung des Mittäters in § 50 als überflüssig erübrigen, die Erwähnung unter den Teilnehmern aber als falsch ausschließen. Immerhin geht aus § 47 — namentlich im Vergleich mit den §§ 48, 49 — mit hinreichender Klarheit hervor, daß die Mittäterschaft nicht zu den Formen der unselbständigen Teilnahme gerechnet werden darf. Der Mittäter ist Selbsttäter und daher sets nur nach seinen eigenen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen strafbar, ohne Rücksicht darauf, welche straf-

[2]) a.a.O. 175.
[3]) a.a.O. 17.
[4]) z. B. Büll 37, Kirch 24, Scholz 36, Stoll 19, Suckel 18.

ändernden Eigenschaften und Verhältnisse bei den anderen Mittätern vorliegen. So ist der Mittäter in § 50 bereits in dem Wort „Täter" erwähnt und seine Anführung unter den Teilnehmern daher nicht nur überflüssig sondern auch falsch und irreführend. Stoll[5]) erklärt sich die Erwähnung des Mittäters unter den Teilnehmern damit, daß der Gesetzgeber in den §§ 47 bis 50 eben die Teilnahme erschöpfend behandeln wollte und so, ohne sich dessen recht bewußt zu sein, auch die Mittäterschaft in § 50 aufgenommen hat. Dieser Meinung können wir uns nicht anschließen; wir halten vielmehr dafür, daß der Gesetzgeber die Erwähnung mit vollem Bewußtsein vornahm, um ja darüber keinen Zweifel aufkommen zu lassen, daß die strafändernden Tatumstände auch bei den Mittätern individuelle Berücksichtigung verlangen. Dies kann freilich die Erwähnung des Mittäters in § 50 überhaupt, nicht aber seine Erwähnung unter den Teilnehmern rechtfertigen.

Mit Recht wurde von beachtlicher Seite[6]) vorgeschlagen, in den § 50 zwecks Erhöhung der Klarheit nach dem Wort „Tatumstände" ein „n u r" einzufügen, wie es bereits der erste Entwurf zum Reichsstrafgesetzbuch enthalten hatte, aber leider die Fassung des § 50 vermissen läßt.

Im Gegensatz zu den zahlreichen erwähnten Streitfragen herrscht fast völlige Einigkeit darüber, daß sich § 50 nur auf die strafändernden, nicht aber auch auf die strafentscheidenden Tatumstände persönlicher Natur bezieht[7]). Der Wortlaut des Gesetzes ist in diesem Punkt ein klarer. Liegen bei irgend einem an einer Straftat Beteiligten (Täter oder Teilnehmer) persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse vor, welche die Strafbarkeit dieses Beteiligten erhöhen oder vermindern, so sind diese Straferhöhungs- oder Strafmilderungsgründe einem anderen Beteiligten nur zuzurechnen, wenn sie auch bei ihm vorliegen, dagegen bei jenen Beteiligten außer Berücksichtigung zu lassen, bei welchen sie nicht vorliegen[8]). Wäre § 50 nicht vorhanden, so würden Strafänderungsgründe in der Person des Täters nach dem Prinzip der Accessorietät der Teilnahme auch auf die Teilnehmer (Anstifter und Gehilfen) zu übertragen sein, auch wenn bei ihnen diese Eigenschaften oder Verhältnisse fehlen. Das wäre eine mit dem Prinzip der individuellen Verschuldung unvereinbare und unbillige Folge des Accessorietätsprinzips. § 50 ist also durchaus zu billigen, zu beanstanden ist aber seine Beschränkung auf die strafändernden Umstände, denn durch diese Beschränkung verbleibt es

---

[5]) a.a.O. 19.

[6]) z. B. Bernhardt 9, Borchert 34, Büll 42, Krug 75, Redslob 12, Scholz 36, Suckel 16; ähnlich, jedoch mit Analogieschluß: Binding 141; Olshausen § 50 Nr. 6, RG. 2, 153.

[7]) Kohler Studien I 138 bezieht § 50 auch auf die strafbegründenden persönlichen Umstände.

[8]) vgl. Motive zum RStGB., S. 66.

für die strafentscheidenden Umstände bei dem Grundsatz der Accessorietät. Der bei einem Täter vorhandene strafbegründende Umstand ist also dem unselbständigen Teilnehmer stets zuzurechnen, während die Zurechnung der Strafausschließungsgründe im weiteren Sinne nach dem extremaccessorischen Standpunkt des RStGB. nur eintritt, wenn durch sie die Rechtswidrigkeit der Haupttat oder die Schuld des Haupttäters beseitigt wird. Die Strafausschließungsgründe im weiteren Sinne äußern also nach ihren verschiedenen Arten einen verschiedenen Einfluß auf die Strafbarkeit der Teilnehmer:

a) beim Täter Unrechtausschließungsgrund:
   Tat rechtmäßig, Täter schuldlos und straflos, Teilnehmer straflos.
   Beispiel: Teilnahme an einer Notwehrhandlung.

b) beim Täter Schuldausschließungsgrund:
   Tat rechtswidrig, Täter schuldlos und straflos, Teilnehmer als solcher straflos, dagegen als mittelbarer Täter strafbar.
   Beispiel: Teilnahme an der Tat eines Geisteskranken.

c) beim Täter Strafausschließungsgrund im engeren Sinne:
   Tat rechtswidrig, Täter schuldhaft, aber straflos, Teilnehmer strafbar.
   Beispiel: Teilnahme eines Fremden an einem Diebstahl unter Ehegatten.

d) beim Täter Strafaufhebungsgrund:
   Tat rechtswidrig, Täter schuldhaft und strafbar, Strafbarkeit nachträglich beseitigt, Teilnehmer strafbar.
   Beispiel: Teilnahme an einer rechtswidrigen und strafbaren Handlung, deren zurechnungsfähiger Täter begnadigt wurde.

Daß diese Ergebnisse, zu denen die Beurteilung der strafentscheidenden Momente lediglich nach dem Grundsatz der Accessorietät führt, vielfach unbefriedigend sind, liegt auf der Hand. Zwar kann man damit einverstanden sein, daß der Teilnehmer dann straflos bleibt, wenn für die Haupttat ein Unrechtausschließungsgrund besteht, wer könnte es aber billigen, daß der Teilnehmer am Verbrechen eines Unzurechnungsfähigen straflos bleibt, wer könnte es gut finden, daß die Teilnahme außenstehender Personen an Sonderdelikten und die Möglichkeit oder Unmöglichkeit ihrer Begehung in unmittelbarer Täterschaft gesetzlich überhaupt nicht geregelt ist?!

Dem ersteren Mangel hat die Wissenschaft abzuhelfen versucht durch die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft, den „Homunculus aus der Retorte der Strafrechtsdoktrin", wie Hoegel[9]) sich ausdrückt. Wer durch einen schuldlos handelnden Täter, z. B. durch einen Geisteskranken, ein Delikt ausführen läßt, wird als mittelbarer Täter mit der Täterstrafe be-

[9]) a.a.O. 659.

legt, denn der Ausführende spielt hier lediglich die Rolle eines Werkzeuges. Hier taucht eine neue Schwierigkeit auf: Kann dieser Dritte mittelbar ein Delikt begehen, das er unmittelbar, eigenhändig nicht begehen könnte? Kann z. B. der Nichtbeamte mittelbarer Täter eines reinen Amtsdeliktes sein? Wir stehen nicht an, diese Frage zu bejahen, denn es wäre im höchsten Grade unbillig, einen Nichtbeamten, der durch einen geisteskranken Beamten ein echtes Amtsdelikt ausführen läßt, straflos ausgehen zu lassen. Leider versagt der Notbehelf der mittelbaren Täterschaft im Falle der Beihilfe. Während man bei der Anstiftung von der Benutzung des Täters als eines Werkzeugs sprechen kann, ist es geradezu unhaltbar, einem Gehilfen Täterdolus beizulegen, ist doch dem Gehilfen gerade die Unterstützungsabsicht eigentümlich[10]). Ebensowenig kann man den Gehilfen nach der objektiven Theorie als mittelbaren Täter bezeichnen, denn für die Täterqualität wäre die Verwirklichung des Tatbestandes und nicht nur das Setzen einer Bedingung zum Erfolge erforderlich. So verhilft uns die Figur der mittelbaren Täterschaft bei Schuldlosigkeit des intraneus-Täters zwar zur Strafbarkeit des extraneus-Anstifters, nicht aber auch des extraneus-Gehilfen.

Daß die Strafausschließungsgründe im engeren Sinne und die Strafaufhebungsgründe stets nur individuell zuzurechnen sind, also eine den Strafänderungsgründen analoge Behandlung erfahren müssen, ist allgemein anerkannt.

Und nun zu der umstrittenen Frage der Teilnahme des extraneus am Sonderverbrechen. In konsequenter Durchführung des für die strafentscheidenden Umstände allein maßgeblichen Accessorietätsprinzips muß man zu dem Ergebnis kommen, daß z. B. ein Nichtbeamter, der einen Beamten zu einem reinen Amtsdelikt anstiftet oder ihm dabei behilflich ist, wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zu einem Delikt bestraft wird, das er selbst in Täterschaft nicht begehen könnte. Diese Ansicht der herrschenden Lehre[11]) wird nur von wenigen Schriftstellern bekämpft[12]), die ihren Standpunkt damit begründen, daß die Sonderverbrechen nur gegen persönliche Beziehungen gerichtet seien, deren Verletzung durch Außenstehende undenkbar wäre. Wie die herrschende Lehre mit Recht sagt, geht diese Meinung fehl, denn beispielsweise ein untadeliger

[10]) vgl. Bauer a.a.O. 102 ff.

[11]) Berner 169 ff., Berolzheimer 31, Binding 140, Birkmeyer Teilnahme 170, Borchert 19, 35, Büll 51 ff., Frank § 48, III, 1, § 49 II, Herzog 271, Jankovitsch 60 ff., 79 ff., Kirch 25 f., Köhler Studien 33, Liszt 235, Nagler 113 ff., Olshausen § 50 Nr. 2a, § 48 Nr. 20, § 49 Nr. 20, Oppenhoff § 50 Nr. 3, § 48 Nr. 4, Rubo § 50 Nr. 1, Rüdorff-Stenglein § 50 Nr. 6, Abschn. 28, Nr. 3, Stenglein in Zeitschrift für Gerichtspraxis I 211, Suckel 22, RG. St. 6, 7 u. 415; 15, 396; 25, 234; 27, 157; 38, 417; 39, 193.

[12]) Bernhardt 36, Kohler Studien I 134 ff., derselbe in: Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen, a.a.O. S. 173 f., Koppmann 9, 164, Redslob 50, Sonanini 19 f.

Beamtenstand ist ein allgemeines Rechtsgut, das nicht nur von den Beamten selbst, sondern auch von jedem Nichtbeamten respektiert werden muß. Freilich kann nur der Beamte dieses Rechtsgut direkt verletzen, aber der Nichtbeamte kann es indirekt dadurch verletzen, daß er einen Beamten dazu anstiftet oder dabei unterstützt, es zu mißachten. Ist doch zum dolus des Anstifters und des Gehilfen nicht der dolus der Tat, sondern nichts weiter erforderlich als der auf die Hervorbringung oder Unterstützung der Tat eines anderen gerichtete Wille. Dieser kann jeder Person innewohnen, auch wenn ihr die für den Täter erforderlichen Eigenschaften oder Verhältnisse fehlen. Daraus, daß das Amtsdelikt nur von einem Beamten als Täter verübt werden kann, folgt nicht, daß der Nichtbeamte es als eine erlaubte Handlung ansehen dürfte. Sein Wille, daß ein Amtsdelikt verübt werde, ist ein sittlich schuldhafter und wird zum rechtlich schuldhaften und strafbaren, wenn er sich als mitwirkend zu einem solchen Delikte betätigt. Ganz zutreffend sind die Ausführungen Naglers[13]) in dieser Richtung: „Wenn der extraneus sich in Beziehung zu dem Verbrechen eines primär Vinculierten setzt, so greift er mitwirkend in eine Sphäre ein, die ihm an und für sich fremd ist, in der er aber — wenn auch nur in untergeordneter Weise — ein gemeinschädliches Verhalten entfalten kann. Seine Handlung, die sich unter diesen Umständen in der Richtung auf das konkrete Rechtsgut bewegt, ist nicht mehr rechtlich indifferent; sie hat durch die Verbindung mit dem Unternehmen des Angehörigen des speziellen Personenverbandes den Charakter der Gemeinschädlichkeit gewonnen". Die Richtigkeit dieser Ansicht wird durch die Entwicklung dieser Frage in den neueren Entwürfen bestätigt, worüber unten zu sprechen sein wird.

Unser obiger Standpunkt, daß der Mittäter ein selbständiger Täter und kein Teilnehmer ist, führt uns zu der Konsequenz, daß derjenige, dem die strafbegründende Qualität abgeht, auch nicht Mittäter des betreffenden Deliktes sein kann. So muß z. B. der Nichtbeamte, der zusammen mit einem Beamten den Tatbestand eines echten Amtsdeliktes verwirklicht, notwendig zu einem bloßen Gehilfen herabsinken. Diese von der herrschenden Theorie[14]) vertretene Ansicht ist nicht unbillig; das RStGB. selbst schweigt auch über diese Frage.

Endlich bedarf der Fall der Erwähnung, daß die begriffskonstitutive Qualifikation nur beim Teilnehmer vorhanden ist, während der wirklich Ausführende außerhalb des besonderen Pflichtenkreises steht. Hier ergibt die Konsequenz der accessorischen Auffassung die Straflosigkeit des Teilnehmers, ob-

[13]) a.a.O. 115.

[14]) Bernhardt 38, 43, Borchert 42, 106, Frank § 47 VI 1, Herzog in Deutsche Strafrechtszeitung 11, 582, Kohler Studien I 131, Liszt 220 ff., Nagler 79, Olshausen § 47, Oppenhoff § 47 Nr. 17, Ortmann 392, Scholz 28, Schütze 336 Nr. 10, RG. St. 31, 407; 39, 193; 42, 382.

wohl er intraneus ist. Demnach muß der Beamte, der einen Nichtbeamten zu einem reinen Amtsdelikt anstiftet, straflos bleiben, da dem Angestifteten die zur Verwirklichung des Tatbestandes erforderliche Qualifikation fehlt. Man hat dieses unliebsame Ergebnis dadurch ändern wollen, daß man den teilnehmenden intraneus als eigentlichen Täter, den extraneus aber als Gehilfen ansah, eine Lösung, der wir uns beim besten Willen nicht anschließen können[15]). So wünschenswert es wäre, in solchen Fällen zu einer Strafbarkeit des intraneus zu gelangen, so unmöglich ist es — namentlich nach der von uns vertretenen objektiven Teilnahmetheorie — jemand als Täter zu betrachten, der keine Tatbestandshandlung verwirklicht hat, und jemand als bloßes Werkzeug zu betrachten, der, wenn auch angestiftet, mit eigenem Willen und Vorsatz die tatbestandsmäßigen Handlungen vorgenommen hat; so unmöglich ist es aber auch nach der subjektiven Teilnahmetheorie, den mit animus auctoris Handelnden als Gehilfen und den mit animus socii Handelnden als Täter zu betrachten. Durch derartige gedankliche Manipulationen würde der Unterschied von Täterschaft und Teilnahme, dessen Aufrechterhaltung wir oben als notwendig hinstellen mußten, vollständig verwischt.

Rückblickend auf das über § 50 Gesagte müssen wir zu dem Urteil kommen, das Bernhardt[16]) dahin formuliert: „. . . daß durch diese enge Begrenzung der Anordnung die gegebene Lösung des Problems ihren Wert verliert; denn die ebenso bedeutungsvolle wie schwerwiegende Frage nach dem Einflusse solcher Umstände, welche die Strafbarkeit einer Handlung begründen oder ausschließen, ist überhaupt nicht beantwortet, trotzdem gerade hier wegen der sich ergebenden Verschiedenheit auftretender Fälle und der Notwendigkeit ihrer systematischen Unterscheidung das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung sich besonders fühlbar macht". Mit Recht finden wir bei zahlreichen anderen Schriftstellern[17]) den gleichen Vorwurf der Lückenhaftigkeit und Unvollständigkeit des § 50 und die Klage über die unerfreulichen Konsequenzen, die sich daraus ergeben. Ein freilich nur schwacher Trost ist es, daß auch die Gesetze anderer Staaten und die früher bei uns geltenden Partikularrechte das gleiche Bild zeigen: Immer nur Teilbehandlungen, bedingt durch die legislative Schwierigkeit, ein Prinzip zum Ausdruck zu bringen, das durch Kultur und Billigkeit bedingt ist, dessen Durchführung jedoch allgemein strafrechtliche Grundsätze durchbricht. Deshalb übergehen eine Anzahl von Gesetzbüchern die Frage mit Schweigen, weil sie glauben, daß eine erschöpfende Regelung im Gesetz nicht möglich und auch nicht erforderlich sei, da, wie die Motive und Erläuterungen oft ausdrücklich sagen, der Richter durch das

[15]) vgl. auch Berolzheimer a.a.O. 30, Scholz a.a.O. 29.
[16]) a.a.O. 68.
[17]) z. B. Krug 13, Scholz 3, 19.

Mittel der Strafzumessung Raum genug habe, der individuellen Verschuldung Rechnung zu tragen, der spezielle und systematische Ausbau der Lehre aber der Wissenschaft überlassen bleiben könne. Dieser Skeptizismus über die Möglichkeit einer erschöpfenden gesetzlichen Lösung unseres Problems hat in Deutschland schon frühzeitig viele Kriminalisten[18]) zu dem Vorschlag veranlaßt, von einer gesetzlichen Regelung dieser Frage überhaupt abzusehen, da die Überlassung der Berücksichtigung persönlicher Momente an die richterliche Strafzumessung besser sei als eine problematische Teilregelung, wie sie § 50 darstellt. Eine befriedigende Lösung kann das nicht bedeuten. Das Interesse einheitlicher Entscheidung, die grundsätzliche Wichtigkeit und tiefgreifende Bedeutung der Frage machen ihre gesetzliche Beantwortung notwendig, die wir im Reichsstrafgesetzbuch nur bruchstückweise vorfinden. Ob, inwieweit und auf welchem Wege die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch diesem Postulat Folge geleistet haben, soll den Kernpunkt dieser Arbeit bilden.

2. Teil: Die Lösung des Problems in den einzelnen Entwürfen.

§ 6.

§ 80 des Vorentwurfs von 1909.

„Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen."

Mit dieser Bestimmung im allgemeinen Teil hat der Vorentwurf — und seinem Beispiel folgen alle späteren Entwürfe — sich für die ausdrückliche gesetzliche Regelung des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer entschieden. Da die Lösung unseres Problems, wie oben gezeigt, in hohem Maße von der Gesamtauffassung der Teilnahmelehre abhängig ist, interessiert in erster Linie die Stellung des VE. zu den Forderungen der Modernen: Abschaffung des Unterschiedes zwischen Täterschaft und Teilnahme sowie Beseitigung des Accessorietätsprinzips. Diesen Gedanken, die darauf hinzielen, nicht die Tat sondern den Täter zu bestrafen, ist, wie Birkmeyer[1]) mit Recht darlegt, der VE. noch entgegengetreten. Er bedeutet „einen entschiedenen Sieg der klassischen Schule und eine eklatante Niederlage der modernen Richtung im Strafrecht". Daß das von Liszt und der modernen Lehre geforderte Gesinnungs-

[18]) vgl. Beling Lehre vom Verbrechen 465, Berner 183, Herzog in Deutsche Strafrechtszeitung 1872 S. 235, Schütze 190 Nr. 10.

[1]) Beiträge zur Kritik des VE. 23, 45.

strafrecht vom VE. strikte abgelehnt wird, geht deutlich aus den Worten der Begründung[2]) hervor: „Es entspricht nicht der berechtigten Volksanschauung und müßte zu mit ihr in Widerspruch stehenden Entscheidungen führen, wenn bei der Strafbemessung lediglich oder vorwiegend auf die Gesinnung und die Persönlichkeit des Täters gesehen und die Tat als solche, ihre Schwere und Bedeutung, völlig außer Betracht bliebe oder doch hinter jenen in einer der Auffassung des Lebens nicht entsprechenden Weise zurückträte." Auch läßt sich, wie die Begründung an anderer Stelle[3]) sagt, mangels ausreichender Mittel für die Feststellung der verbrecherischen Gesinnung das Gesinnungsstrafrecht praktisch gar nicht durchführen. Daß der VE., dieser seiner Grundeinstellung folgend, den Unterschied von Täterschaft und Teilnahme nicht beseitigt und die volle Unabhängigkeit der Teilnehmerstrafe von der Täterstrafe nicht hergestellt hat, geht aus den §§ 78, 79 hervor. Wir können, wie Köhler[4]) sagt, dem VE. nur beistimmen, daß er die accessorische Eigenschaft der Teilnahmehandlungen gegenüber der Haupttat nicht aufgegeben hat. Allerdings huldigt der VE. nur mehr der limitiert-accessorischen Form der Teilnahme[5]), d. h. die Strafbarkeit des Teilnehmers ist zwar von der Rechtswidrigkeit der Täterhandlung abhängig, von der Schuld des Täters aber unabhängig, eine Rechtslage, die dem RStGB. selbst fremd ist, aber schon bisher bezüglich des Anstifters durch die Figur der mittelbaren Täterschaft praktisch in Geltung war. Ungeachtet dieses Accessorietätsstandpunktes ist der VE. weit davon entfernt, innerhalb des Strafrahmens die für eine höhere oder geringere Strafe sprechenden Umstände und darunter auch die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung unberücksichtigt zu lassen[6]), ist er namentlich auch weit davon entfernt, die bei einem einzelnen Beteiligten vorliegenden, die individuelle Verschuldung beeinflussenden, persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse blindlings auch den anderen Beteiligten zuzurechnen.

Wenn wir in der Reihenfolge der an § 50 RStGB. anknüpfenden Streitfragen fortfahren, so ist zunächst zu bemerken, daß die viel bekämpfte Wendung „Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse", zu der wir bereits oben (§ 2) ausführlich Stellung genommen haben, in den VE. unverändert übernommen ist. Die nach der Ansicht Vieler zur Ausscheidung der höchstpersönlichen Umstände Anlaß gebende Wendung „Strafbarkeit einer Handlung" ist beseitigt. Auch

---

[2]) S. 342.
[3]) S. 339.
[4]) Studien zum VE., 32.
[5]) vgl. Schönzeler 22, 38, im Ergebnis übereinstimmend Köhler, Studien zum VE. 33, der diese Regelung als für die Teilnahmelehre zweckmäßig bezeichnet.
[6]) § 81 VE., Begründung 315.

der Relativsatz „welcher dieselbe begangen hat“ ist weggefallen und damit steht außer Zweifel, daß die besonderen Tatumstände beim Teilnehmer auch dann zu berücksichtigen sind, wenn sie beim Täter fehlen.

Die Mittäterschaft als Form der accessorischen Teilnahme ist aufgegeben, ein zu begrüßender Fortschritt[7]). Sie ist eine in jeder Beziehung selbständige Täterschaft, die folglich nur nach ihren eigenen persönlichen Umständen beurteilt werden darf. Jedoch wäre es u. E. zu begrüßen, wenn der VE. die in der Praxis so häufig vorkommende Mittäterschaft mit einem kurzen Wort erwähnen würde, statt sie völlig mit Schweigen zu übergehen[8]).

Die Einfügung des Wörtchens „nur“ entspricht einer längst geäußerten Forderung im Interesse der Klarheit.

Die hauptsächlichste Neuerung gegenüber dem geltenden Rechte bringt der VE. durch die Aufnahme der strafausschließenden Umstände in den § 80. Diese erfahren die gleiche Behandlung wie die Strafänderungsgründe, an deren Wirksamkeit der VE. gegenüber dem RStGB. nichts geändert hat. Die Begründung[9]) sagt über diese Erweiterung: „Damit ist nichts Neues eingeführt, denn diese Konsequenz wurde bisher schon von der Rechtsprechung als eine selbstverständliche gezogen“. Das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift sei also formell erweitert worden, materiell aber sei alles beim Alten geblieben[10]). Sowohl das RStGB. wie der VE. enthalten nur den allgemeinen Begriff des Strafausschließungsgrundes und überlassen die Unterscheidung seiner Arten der wissenschaftlichen Interpretation. Die Praxis behandelt heute die Strafausschließungsgründe im engeren Sinne und die Strafaufhebungsgründe analog den Strafänderungsgründen des § 50, bedient sich für die Wirksamkeit der Schuldausschließungsgründe — soweit es sich um Anstiftung handelt — der Figur der mittelbaren Täterschaft und unterwirft die Rechtfertigungsgründe dem Accessorietätsprinzip (vgl. oben). Für die Rechtfertigungsgründe ergibt sich im VE. das gleiche Bild, alle übrigen Strafausschließungsgründe dagegen sind ohne weiteres individuell anzurechnen. Entsprechend der extrem-accessorischen Teilnahmeform des RStGB. war bisher die Möglichkeit strafbarer Teilnahme abhängig von rechtswidriger und schuldhafter Verwirklichung des Tatbestandes durch den Täter, es mußte daher der Gehilfe eines schuldlosen Täters straflos ausgehen und der Anstifter zu einer schuldlosen Haupttat konnte nur unter Zuhilfenahme der mittelbaren Täterschaft

---

[7]) So auch: Jankovitsch 93, Köhler Studien zum VE. 32, Schönzeler 37, Stoll 74; A. A. Kirch 29, der die Mittäterschaft für die wesentlichste Form der Teilnahme hält, Wach in Deutsche Juristenzeitung XXX, 1925, S. 535.

[8]) Gleicher Meinung Scholz 37.

[9]) S. 312.

[10]) Scholz 38, Stoll 76, Suckel 54, RG. St. 14, 102.

erfaßt werden. Nach der limitiert-accessorischen Teilnahmelehre des VE. ist die Strafbarkeit der Teilnahme nur noch abhängig von einer rechtswidrigen Haupttat, sodaß der Teilnehmer auch dann strafbar ist, wenn dem Täter ein Schuldausschließungsgrund zur Seite steht. Da nämlich der VE. den Begriff der Schuldausschließungsgründe aufgibt[11]) und nur noch den der Strafausschließungsgründe kennt, kann es nicht mehr darauf ankommen, ob der Täter unter dem Schutze eines Schuldausschließungsgrundes handelt, sondern nur noch darauf, ob er im Übrigen den strafbaren Tatbestand, die äußere Verbrechensfigur verwirklicht[12]). Nach der Begründung ist der Teilnehmer an einer rechtswidrigen, aber schuldlosen Haupttat nur dann wegen Teilnahme strafbar, wenn ihm der Schuldausschließungsgrund des Täters unbekannt war. Ist er sich dagegen der Schuldlosigkeit des Täters bewußt, so kann er in dem schuldlos Handelnden nur ein Werkzeug sehen, handelt daher selbst mit Täterwillen und ist wegen mittelbarer Täterschaft zu bestrafen. So ist im VE. die Verlegenheitskonstruktion der mittelbaren Täterschaft zwar eingeschränkt, aber nicht völlig beseitigt[13]). Trotz dieses Schönheitsfehlers empfinden wir die Aufnahme der Strafausschließungsgründe in den § 80 als einen erfreulichen Fortschritt[14]).

Über die zweite Gruppe der strafentscheidenden Tatumstände persönlicher Natur, nämlich die strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, schweigt der VE. ebenso wie das RStGB. Wir verweisen daher bezüglich des Problems der Teilnahme des extraneus am Sonderverbrechen auf unsere obigen Ausführungen (§ 5).

Daß der extraneus, weil nicht Täter, daher auch nicht Mittäter des Sonderdeliktes sein kann, ist eine Feststellung, die bereits für das RStGB. zu treffen war und die für den VE. gleichfalls aufrecht zu erhalten ist, da auch dem letzteren die Mittäterschaft der Sache nach bekannt, wenn auch dem Namen nach unbekannt ist. Der extraneus-Mittäter wird daher im Interesse der Möglichkeit seiner Bestrafung als bloßer Gehilfe anzusehen sein; eine Bestimmung darüber suchen wir im VE. so vergeblich wie im RStGB. Ebenso vergeblich suchen wir eine Bestimmung darüber, ob ein extraneus mittelbarer Täter des Sonderdeliktes sein kann. Wir müssen mangels einer ausdrücklichen Bestimmung diese Frage aus prinzipiellen Erwägungen heraus verneinen. Bezüglich der Gründe verweisen

---

[11]) Der VE. spricht in den die Strafausschließungsgründe enthaltenden §§ 63 ff. nicht mehr von einer strafbaren Handlung, sondern sagt nur noch: „Strafbar ist nicht . . .", vgl. auch Begründung S. 224.

[12]) Begründung S. 311, Hamm a.a.O. Sp. 62, Stoll 77.

[13]) Hamm a.a.O. Sp. 64, Schönzeler 38, Stoll 78.

[14]) So auch: Köhler Studien zum VE., der diese Einbeziehung als korrekt bezeichnet, Liszt in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 30, 275, A. A. z. B. Kirch 30, 45.

wir auf unsere Ausführungen zum KE. Vermissen läßt der VE. auch eine Regelung des Falles, daß der Täter außerhalb, der Teilnehmer aber innerhalb des besonderen Pflichtenkreises steht. Die Accessorietät muß daher hier allein maßgebend sein. Da dem „Täter" für die Verwirklichung des Sonderdeliktes die erforderliche Qualifikation fehlt, kommt das Sonderdelikt nicht zustande und damit entfällt auch die Strafbarkeit des intraneus-Teilnehmers.

Einen bemerkenswerten Vorschlag finden wir bei Köhler[15]). Er hält es für unrichtig, sämtliche Strafänderungs- und Strafausschließungsgründe individuell anzurechnen, da es z. B. ein unbilliges Ergebnis sei, wenn ein Dritter, der einen Sohn in Kenntnis des Verwandtschaftsverhältnisses anstiftet, seine Mutter zu schlagen, nur wegen Anstiftung zur Körperverletzung an einer fremden Person bestraft werden kann. Man solle daher die bei dem Täter vorliegenden Qualifikationsmomente grundsätzlich dem Teilnehmer anrechnen, sofern sie gleichzeitig seine Schuld beeinflussen, und daneben diejenigen Tatumstände besonders aufzählen, die nur höchstpersönlich wirken sollen. Soweit dagegen besondere Qualifikationsmomente zwar beim Teilnehmer, nicht aber beim Täter vorliegen, sollte man sie nur dem Teilnehmer anrechnen. Der Grund, warum der VE. und auch alle folgenden Entwürfe diesem erwägenswerten Vorschlag nicht gefolgt sind, liegt u. E. in der Schwierigkeit, diesen Gedanken in eine nicht übermäßig komplizierte gesetzliche Bestimmung zu fassen, sowie in der Erwägung, daß es vielfach sehr schwer, wenn nicht unmöglich ist, zu entscheiden, ob die Kenntnis der strafändernden Qualität des Täters die Schuld des Teilnehmers beeinflußt oder nicht. Sehr billigenswert ist der weitere Vorschlag Köhlers, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, ob der Teilnehmer persönlich dem gleichen Pflichtenkreis unterstand wie der Täter bzw. ob der Täter sich wissentlich von einer einem besonderen Pflichtenkreis unterstehenden Person bestimmen oder unterstützen ließ. Die Strafzumessung unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles ist in solchen Fällen das gegebene Institut zur Vermeidung von Unbilligkeiten, wo eine strikte gesetzliche Regelung zu unerwünschten Komplikationen führen würde. Für völlig undiskutabel halten wir den Vorschlag Bindings[16]), den Grundgedanken des § 80 VE. auch auf die sachlichen Strafschärfungs-, Strafmilderungs- und Strafausschließungsgründe auszudehnen.

Was die Anwendungsfälle des § 80 VE. anlangt, so sind sie gegenüber § 50 RStGB. wesentlich verringert worden[17]).

---

[15]) Studien zum VE. 37.
[16]) In Gerichtssaal 76, 110.
[17]) Näheres siehe bei Jankovitsch 94.

Immerhin bleibt § 80 VE. noch von erheblicher Bedeutung und rechtfertigt nicht die Erwartung Kirch's[18]), daß durch einen Fortfall weiterer Bestimmungen des besonderen Teils eine Vorschrift über die Anrechnung der strafändernden Umstände entbehrlich werden könnte. In einer gewissen Zahl konkreter Deliktstatbestände werden persönliche Strafänderungsgründe stets unentbehrlich bleiben und eine besondere Vorschrift über ihre Berücksichtigung beim Teilnehmer notwendig machen.

Wir halten trotz der festgestellten Mängel die Begründung zum VE.[19]) für etwas zu bescheiden, wenn sie die Beibehaltung des § 80 lediglich mit einem Utilitätsgrund motiviert, indem sie sagt: „Die von beachtenswerter wissenschaftlicher Seite angeregte Streichung des Paragraphen als eines überflüssigen und zu Mißverständnissen Anlaß gebenden ist nicht vorgenommen, weil, selbst wenn die Überflüssigkeit zugegeben werden sollte, der Paragraph dem Laien, für den das Strafgesetzbuch möglichst verständlich sein muß, das Verständnis erleichtert". U. E. bedeutet darüber hinaus die Beibehaltung des § 80 VE. eine Notwendigkeit und sein Inhalt einen Fortschritt gegenüber § 50 RStGB., wenn auch der Gesetzgeber bei dem Versuche einer erschöpfenden Regelung auf halbem Wege stehen geblieben ist.

§ 7.

§ 34 des Gegenentwurfs von 1911.

„Einwirkung persönlicher Eigenschaften usw.

Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen. Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters."

Dieser Wortlaut läßt sofort erkennen, daß auch der GE. den Forderungen der Modernen nicht nachgekommen ist. Er hält vielmehr, wie das RStGB. und der VE., an dem prinzipiellen Unterschied von Täterschaft und Teilnahme fest und huldigt gleich dem VE. zwar nicht der extrem-accessorischen, wohl aber der limitiert-accessorischen Form der Teilnahme. Danach bleibt jeder Teilnehmer nicht nur dann strafbar, wenn in der Person des Täters ein Strafausschließungsgrund im engeren Sinne oder ein Strafaufhebungsgrund vorliegt, sondern auch dann, wenn dem Täter ein Schuldausschließungsgrund zur Seite steht.

Der Ausdruck „Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" ist beibehalten, dagegen ist, wie im VE., der Ausdruck

[18]) a.a.O. 32.
[19]) S. 312.

„Strafbarkeit einer Handlung“ beseitigt. Durch diese Weglassung wird jener Lehre der Boden entzogen, die die höchstpersönlichen Umstände aus dem Geltungsbereich dieser Vorschrift ausscheiden und nach allgemeinen Grundsätzen behandeln will.

Daß die besonderen Tatumstände beim Teilnehmer auch dann zu berücksichtigen sind, wenn sie beim Täter fehlen, ist nicht, wie im VE., nur durch die Weglassung der Worte „welcher dieselbe begangen hat“, sondern durch die ausdrückliche Bestimmung des §34 Satz 2 über allen Zweifel erhaben. Die Einfügung des Wörtchens „nur“ in § 34 Satz 1 hat bereits im VE. ein Vorbild.

§ 31 bringt als Neuerung eine besondere Vorschrift über die Täterschaft, welche lautet: „Als Täter wird auch derjenige bestraft, der bei der Ausführung der ihm zurechenbaren strafbaren Handlung mitwirkt oder ihre Ausführung durch einen anderen bewirkt oder pflichtwidrig zuläßt“. Durch diese weite Fassung des Täterbegriffes wird auch der Mittäter und der mittelbare Täter einbezogen, eine Neuerung, die nur zu begrüßen ist und im Zusammenhalt mit dem Anstiftungs-§ 32 und dem Beihilfe-§ 33 eine fortschrittliche Lösung des Teilnahmeproblems bedeutet[1]). Leider ist auch § 34 GE. nur eine Teillösung, denn diese Bestimmung gedenkt mit keinem Worte der strafbegründenden Tatumstände und läßt daher den Streit der Meinungen über das Problem der Teilnahme am Sonderdelikt in seinen verschiedenen Variationen unberührt.

Was die praktische Anwendbarkeit des § 34 GE. betrifft, so zeigt sich eine weitere Verminderung namentlich der strafändernden persönlichen Verhältnisse im besonderen Teil[2]).

Zusammenfassend kommen wir zu dem Urteil, daß § 34 GE. einen Fortschritt gegenüber § 80 VE. insofern bedeutet, als in Satz 2 die Berücksichtigung der besonderen Tatumstände beim Teilnehmer ausdrücklich auch dann sichergestellt ist, wenn diese Momente beim Täter fehlen.

§ 8.

§ 37 des Kommissionsentwurfs von 1913.

„Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände in ihrer Person nicht vorliegen; doch kann die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters nach § 115 gemildert werden.
Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.“

[1]) So auch Scholz 39 ff.
[2]) Kirch 34.

Der KE. hat erstmals, einem Vorschlag Bindings[1]) folgend, den Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse durch den der besonderen Eigenschaften und Verhältnisse ersetzt. Seinem Beispiel folgen alle späteren Entwürfe. Es ist daher zulässig, auch die Begründungen der späteren Entwürfe zur Erklärung dieser Neuerung heranzuziehen. Die Denkschrift zum E. 19[2]) sagt darüber folgendes: „Ein sachlicher Unterschied liegt hierin nicht, der umfassendere Ausdruck soll nur die gegenwärtige Auslegung sicherstellen, nach der z. B. auch Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit sowie Rückfall hierher gehören" und die Begründung zum AE.[3]) gibt dieselbe Erklärung mit anderen Worten; sie sagt, die Änderung sei vorgenommen worden, „um verschiedene Zweifel zu lösen, die der Ausdruck des geltenden Gesetzes hervorgerufen hat, namentlich die bestrittene Frage, ob Rückfälligkeit und Gewohnheit als persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse angesehen werden können". Kirch[4]) meint, für diese Streitfrage sei keineswegs das Wort „persönlich" der Zankapfel gewesen, sondern die Frage, ob man diese Umstände als Eigenschaften bezeichnen kann. Dieser Zweifel wäre, würde es sich um ihn allein handeln, praktisch wenig bedeutungsvoll und ließe sich in der Tat mit den Worten des Oberreichsanwalts[5]) erledigen: „Wer an dem Ausdruck persönliche „Eigenschaften" einen nicht zu beseitigenden Anstoß nimmt, der mag die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit in den persönlichen „Verhältnissen" zählen". Wie wir oben (§ 2) dargelegt haben, lassen sich die Tatumstände der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit sowie des Rückfalls nur unter die persönlichen Verhältnisse subsumieren und haben mit den persönlichen Eigenschaften nichts zu tun. Der ernsthaftere Streit dreht sich im Gegensatz zur erwähnten Meinung Kirchs nicht um die Einreihung obiger Tatumstände in die Eigenschaften oder in die Verhältnisse, sondern um ihre Einbeziehung in den Geltungsbereich des § 50 überhaupt. Da diese Einrechenbarkeit u. E. außer Zweifel steht, hätte es einer Änderung der Gesetzesworte nicht bedurft, ja wir halten sie nicht einmal für sachdienlich. Mag sein, daß gegenüber dem Begriff „persönlich" der Begriff „besondere" ein weiterer ist, jedenfalls ist er auch viel unbestimmter und nichtssagender. Dem Grundgedanken des § 50 und seiner Nachfolger in den Entwürfen wäre durch die Beibehaltung der „persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse" besser Ausdruck verliehen worden. Mit Recht weist Scholz[6]) darauf hin, daß die

[1]) a.a.O. 174.
[2]) S. 46.
[3]) S. 28.
[4]) a.a.O. 44.
[5]) In RG. St. 25, 266 ff.
[6]) a.a.O. 59.

in dem neuen Ausdruck liegende Erweiterung die Gefahr in sich schließt, daß die Bestimmung auch auf nichtpersönliche Momente ausgedehnt werden könnte und daß daher der Ausdruck des geltenden Rechtes besser beibehalten worden wäre[7]). Doch wird diese größere Unbestimmtheit der künftigen Fassung unschädlich sein, wenn man sich die Gründe vor Augen hält, die zu der Neuerung geführt haben.

Gleich dem VE. und dem GE. läßt der KE. das strenge Abhängigkeitsverhältnis der Teilnahmehandlung von der Täterhandlung fallen[8]) und schließt sich der limitiert-accessorischen Form der Teilnahme an, wonach die Teilnahme an der Handlung eines Unzurechnungsfähigen strafbar ist, strafbar bleibt auch dann, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Täter nicht schuldlos gehandelt hat. Gleich dem GE. läßt der KE. keinen Zweifel über die Einrechenbarkeit der höchstpersönlichen Momente, gleich ihm erhöht er die Klarheit durch das Wörtchen „nur". Die Berücksichtigung der strafändernden Tatumstände beim Teilnehmer ist wie im VE. durch Weglassung der Worte „welcher dieselbe begangen hat" auch dann gesichert, wenn diese Umstände beim Täter nicht vorliegen. Als Täter erscheinen Selbsttäter, Mittäter und mittelbarer Täter. Sowohl für den Mittäter wie für den mittelbaren Täter finden sich gesetzliche Definitionen: „Mittäter ist, wer mit einem Täter den Vorsatz, gemeinsam eine Straftat zu begehen, gemeinsam verwirklicht" (§ 34 I KE.), „mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß die Tat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der nicht selbst die strafbare Handlung mit dem zum Tatbestand erforderlichen Vorsatz begeht oder der wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, jugendlichen Alters oder wegen Taubstummheit nicht schuldhaft handelt" (§ 33 II KE.), wobei die irrtümliche Annahme der Schuldlosigkeit des Täters den mittelbaren Täter von der Täterstrafe nicht befreit. Handelt der Teilnehmer aber ohne Kenntnis der Schuldlosigkeit des Täters, so ist er wegen Anstiftung oder Beihilfe zu bestrafen, ein deutlicher Beweis für die subjektive Einstellung des KE.

Der größte Vorzug des KE. gegenüber seinen Vorgängern liegt in der Aufnahme der strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. Der Strafbarkeit des extraneus-Teilnehmers (Anstifters und Gehilfen) am Sonderdelikt wird die Strafbarkeit des mittelbaren Täters eines Sonderdeliktes zur Seite gestellt, sofern der mittelbare Täter außerhalb des besonderen Pflichtenkreises steht. Da aber einerseits der KE. die Täterqualität des mittelbaren Täters anerkennt und andererseits der extraneus niemals Täter des Sonderdeliktes sein kann, kann er auch als mittelbarer Täter des Sonderdelik-

[7]) Gleicher Meinung Gerland 60, Wachenfeld im Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, 1925, Heft 4.

[8]) vgl. Denkschrift S. 42.

tes nicht in Frage kommen. Bei den accessorischen Teilnahmeformen, Anstiftung und Beihilfe, kann sich die Strafbarkeit des extraneus-Teilnehmers an die des intraneus-Täters anlehnen, beim mittelbaren Täter dagegen ist wegen Mangels der Acessorietät und wegen Fehlens eines verantwortlichen unmittelbaren Täters eine solche Anlehnung ausgeschlossen und eine selbständige Strafbarkeit als Täter kann mangels persönlicher Qualifikation nicht in Betracht kommen. Daher ist die Bestrafung des extraneus als mittelbarer Täter des Sonderdeliktes, wie sie § 37 Abs. I KE. vorsieht, vom Standpunkte des Systems aus eine unmögliche Konstruktion[9]). Gleichwohl mag es der Billigkeit entsprechen, z. B. einen Nichtbeamten zu bestrafen, der einen im Amte befindlichen geisteskranken Beamten mit Kenntnis seiner Unzurechnungsfähigkeit zu einem echten Amtsdelikt anstiftet. Diese Gründe mögen die Schöpfer des KE. veranlaßt haben, den mittelbaren Täter in § 37 Abs. I einzubeziehen.

Daß der extraneus-Mittäter zum bloßen Gehilfen herabsinken muß, entspricht der herrschenden Lehre und wurde bereits oben vertreten.

Auch der KE. läßt eine Regelung des Falles vermissen, daß der Anstifter oder Gehilfe innerhalb, der Täter aber außerhalb des besonderen Pflichtenkreises steht, daß z. B. ein Arzt seine Frau, die zufällig Kenntnis von einem Berufsgeheimnis ihres Mannes erlangt hat, veranlaßt, dieses auszuplaudern. Für diese auch im RStGB. unerwähnt gelassenen Fälle führt die Accessorietät zur Straflosigkeit des intraneus-Gehilfen, während die Praxis den intraneus-Anstifter als mittelbaren Täter behandelt[10]). Diese Uebung entspricht nicht nur den Forderungen der Billigkeit, sondern ist auch mit dem Prinzip vereinbar, da der als mittelbarer Täter behandelte intraneus das Delikt auch in Selbsttäterschaft begehen könnte.

Die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters kann nach Maßgabe des § 115 gemildert werden. Dies ist zu billigen, da die unveränderte Anwendung der Strafdrohungen, die für Personen eines besonderen Pflichtenkreises gegeben sind, auf Personen, welche außerhalb dieses Pflichtenkreises stehen, zu unbilligen Härten führen könnte. Mit Recht hat Kohler[11]) diese Forderung schon längst erhoben, wenn er mit Bezug auf die Sonderdelikte der Beamten und Militärpersonen sagt: Wenn die Bestrafung des extraneus als Anstifter zu solchen Delikten überhaupt gerechtfertigt ist, so sei sie es doch nur nach ganz anderen Anschauungen und ganz anderen Betrachtungsweisen als die Bestrafung des Sonderdeliktes

---

[9]) So auch Gerland a.a.O. 36 (bez. E. 19), Wegner bei Aschrott-Kohlrausch 118 (bez. AE.).

[10]) RG. St. 28, 109; 44, 69.

[11]) In Goltd. Arch. LVIII 11, 297; vgl. auch Bernhardt a.a.O. 41, A. A. Gerland a.a.O. 37.

selbst. Den extraneus-Anstifter mit der Strafe des Täters zu belegen, sei eine bare Ungerechtigkeit. „Wer die Desertion befördert, ist in einer prinzipiell anderen Lage als der Soldat, der eine Desertion begeht, und wer von außen her kaum etwas von der Rechtspflege weiß, steht der Heiligkeit des Richteramtes ferner als der Richter selber, der tagtäglich die Bedeutung seines Amtes vor Augen hat und sich darum vor Rechtsbeugung hüten muß.“ Darum empfiehlt Kohler eine allgemeine Bestimmung des Inhaltes, daß, wer jemanden zu einem Amts- oder Militärdelikt verleitet, in Ermangelung einer Sonderbestimmung nur die Versuchsstrafe erleiden soll. Dieser Forderung auf generelle Strafmilderung für den extraneus-Anstifter ist erstmals der KE. und ihm folgend alle späteren Entwürfe nachgekommen und zwar bezüglich der Sonderdelikte überhaupt. Da nun einmal die Strafbarkeit des extraneus als mittelbaren Täters gesetzlich normiert ist, ist selbstverständlich auch für ihn die Strafmilderung zu billigen.

Abschließend können wir die Lösung unseres Problems im KE. als fortschrittlich bezeichnen, bestehen bleibt aber der Vorwurf der Lückenhaftigkeit und Unvollständigkeit.

§ 9.

§ 30 des Entwurfs von 1919.

„Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen nicht vorliegen; doch kann die Strafe des mittelbaren Täters und des Anstifters gemildert werden (§ 111).
Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.“

Vergleicht man den E. 19 mit dem KE., so ergibt sich für die gesamte Teilnahmelehre eine fast wörtliche, jedenfalls aber dem Inhalte nach vollständige Uebereinstimmung. § 30 E. 19 weicht von § 37 KE. nur darin ab, daß an die Stelle der Worte „in ihrer Person“ die Worte „bei ihnen“ treten und daß sich die Strafmilderung für den mittelbaren Täter und Anstifter statt in § 115 in § 111 vorfindet. Da dies natürlich eine sachliche Aenderung nicht bedeutet, gilt das für den KE. Gesagte auch für den E. 19. Auch der E. 19 gibt lediglich die extrem-accessorische Form der Teilnahme auf und bleibt damit hinter der Behauptung der Denkschrift[1]) erheblich zurück. Was die Gesamteinstellung zu dem Problem der Teilnahme anlangt, so müssen wir Gerland[2]) recht geben, wenn er die Regelung die-

[1]) Diese spricht auf S. 42 von der Aufgabe des Grundsatzes der Accessorietät.
[2]) a.a.O. 30.

ser Materie im E. 19 als eine bloße Kodifikation der subjektiven Theorie des Reichsgerichtes in wenig konsequenter Durchführung bezeichnet. Die Definitionen des Mittäters und des mittelbaren Täters finden sich in den §§ 27 Abs. I und 26 Abs. II, sie decken sich der Sache nach mit den analogen Bestimmungen des KE. Bedauerlicherweise werden der Mittäter und der mittelbare Täter nicht als Täter bezeichnet, sondern nur „als Täter bestraft" (§§ 27 Abs. II, 26 Abs. III). Daß sie andererseits aber nicht zu den unselbständigen Teilnehmern zählen, ist hinreichend erkennbar.

Die Teilnahme des extraneus am Sonderverbrechen ist in Abs. I ebenso geregelt wie in § 37 Abs. I KE.; der mittelbare Täter ist also auch dann strafbar, wenn die besonderen Umstände zwar nicht bei ihm, wohl aber in der Person seines Mittelsmannes vorliegen. Es bleibt also jene, schon beim KE. beanstandete logische Unmöglichkeit aufrecht erhalten, daß jemand eine strafbare Handlung als mittelbarer Täter zu begehen in der Lage ist, die er als Selbsttäter niemals begehen könnte. Gerland[3]) weist diesen Konstruktionsfehler, dieses „sinnlose Resultat" mit besonderer Schärfe zurück. Immerhin entspricht die getroffene Regelung der Billigkeit, was u. E. den Verstoß gegen das System entschuldigt. Daß ein Nichtrichter eine Rechtsbeugung nicht begehen kann, ist klar; ebenso klar aber ist die Strafwürdigkeit des Nichtrichters, der einen unzurechnungsfähigen Richter zur Rechtsbeugung veranlaßt.

Auf eine weitere Schwierigkeit weist Gerland[4]) hin: Wie soll es gehalten werden, wenn strafbegründende Momente zwar beim mittelbaren Täter, nicht aber bei dem vorsätzlich handelnden „Werkzeug" vorliegen? Man denke z. B. an den Fall der Teilnahme eine Deutschen an einer nicht strafbaren landesverräterischen Handlung eines Ausländers. Handelt der Ausländer mit Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz, so steht der Bestrafung des Deutschen der Wortlaut des § 26 Abs. II entgegen. Gerland empfiehlt daher, in § 30 Abs. I einen weiteren Satz aufzunehmen des Inhaltes: „Liegen die strafbegründenden Umstände beim mittelbaren Täter vor, so hat Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft auch dann zu erfolgen, wenn der andere, bei dem die Umstände nicht vorliegen, vorsätzlich gehandelt hat". Wir können uns diesem Vorschlag nur anschließen. Man sieht: die ohnehin schon große Kompliziertheit der Teilnahmelehre im E. 19 — und gleiches gilt für den KE. — wird durch die Ausfüllung der Gesetzeslücken naturgemäß noch gesteigert. Der Vorwurf leerer Begriffsjurisprudenz, den Schönzeler[5]) in der Tat nicht ohne

[3]) a.a.O. 36, vgl. auch Scholz a.a.O. 47.
[4]) a.a.O. 34.
[5]) a.a.O. 40.

Grund erhebt, ist eben ein kaum vermeidlicher Ausfluß der im Entwurf anerkannten subjektiven Teilnahmetheorie, nach der es nur auf die innere Willensrichtung des Handelnden ankommt.

Und nun ein Wort über die Häufigkeit oder Seltenheit der strafändernden besonderen Eigenschaften und Verhältnisse im E. 19[6]). Er geht zu der Technik über, die Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nach Möglichkeit für alle Delikte zu verallgemeinern und gleichzeitig generelle Richtlinien dafür aufzustellen, nach welchem Maßstab bei Vorhandensein solcher Gründe die Strafe im Vergleich zu dem Strafrahmen des einfachen Deliktes verschärft bzw. gemildert werden kann. Für die Strafmilderung kommen in Betracht die bestimmten Milderungsgründe, die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle, für die Strafschärfung die bestimmten Schärfungsgründe und die besonders schweren Fälle. In dieser Tendenz der Verallgemeinerung ist der E. 19 sehr weit gegangen und hat damit häufig zu einer gewaltigen Ausdehnung des Strafrahmens geführt. Im Entwurf selbst ist dieser übermäßige Spielraum für die Strafbemessung indirekt zugegeben, denn es sind gewisse typische Schärfungs- und Milderungsgründe mit besonderen Strafrahmen ausgestattet, wenn auch in der Figur der Delikte eigener Art. Leider sind diese Qualifikationen und Privilegierungen sehr sparsam bemessen, sodaß zahlreiche Gestaltungen, die nach praktischer Erfahrung durchaus die Bedeutung selbständiger Straftaten besitzen, in Übertreibung des Bedürfnisses nach Vereinfachung und Ersparnis strafgesetzlichen Eingreifens gestrichen und der Berücksichtigung durch Strafzumessung bei anderen Delikten nach richterlichem Ermessen überlassen worden sind (Vergiftung nur ein Strafschärfungsgrund der Körperverletzung, Verknechtung nur ein solcher der Freiheitsberaubung usw.). Die Strafzumessungsgrundsätze enthalten also zwei verschiedene, ja einander entgegengesetzte Tendenzen: einerseits gesetzlich normierte Staffelungen der Strafmaße nach der Tatschwere (bestimmte Milderungsgründe — mildernde Umstände — besonders leichte Fälle), andererseits vielfach die Überlassung der Strafwahl an das nach Maßgabe der Persönlichkeit des Täters individualisierende Ermessen des Gerichtes.

Als zusammenfassende Würdigung wollen wir die Worte Liepmanns[7]) anführen: „ Der E. 19 darf ein reifes Werk nur genannt werden, solange man sich dara f beschränkt, ihn mit dem Strafgesetzbuch zu vergleichen — dem Strafgesetzbuch, von dem heute niemand mehr anders urteilen kann, als daß es schon lange gänzlich veraltet ist. Vergleicht man aber den Entwurf mit denjenigen Forderungen der Gegenwart, die nach Verwirklichung drängen und spruchreif jedem erscheinen, der

[6]) vgl. hiezu besonders: Schmidt 176—178.
[7]) a.a.O. Vorwort.

nicht durch den Ballast verstaubter Schulvorurteile gehemmt wird, so ist die Erkenntnis nicht zu unterdrücken, daß er gerade in seinen grundlegenden Bestimmungen dringend einer Neubearbeitung bedarf". Diese Neubearbeitung hat in der Tat sofort eingesetzt und auch bezüglich unseres Problems zu neuen Vorschlägen und Formulierungen geführt.

§ 10.

Die Abänderungsvorschläge der österreichischen kriminalistischen Vereinigung und der Münchener juristischen Studiengesellschaft.

Die österreichischen Abänderungsvorschläge zum E. 19 beschränken sich in der Hauptsache auf strafrechtliche Einzelfragen, wie das Schuldproblem, die Verantwortlichkeit Jugendlicher, die Verletzung der Amtspflicht u. a. mehr. Immerhin finden sich auch Erörterungen allgemeiner Natur. So bemängelt Kadecka[1]) ganz in unserem Sinne, daß die Vorschläge des Entwurfs an einem Übermaß von Unterscheidungen kranken, eine Feststellung, die wir schon oben bezüglich der Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nachdrücklich hervorheben mußten. Was den hauptsächlich interessierenden § 30 betrifft, so beschränkt sich Lenz[2]) in seiner Kritik auf die Feststellung, daß die Behandlung der mittelbaren Täterschaft und der Teilnahme am Sonderverbrechen der einwandfreien Praxis des deutschen Reichsgerichts entspreche. Für die Ausfüllung der oben erörterten Lücken des § 30 E. 19 finden wir aber in den österreichischen Berichten keinerlei Anregungen.

Fruchtbarer sind in dieser Hinsicht die auf $^2/_3$-Mehrheitsbeschluß beruhenden Vorschläge des Strafrechtsausschusses der Münchener juristischen Studiengesellschaft. Während sich diese Kommission mit § 30 Abs. II E. 19 einverstanden erklärt, wird für Abs. I folgende Fassung vorgeschlagen:

> „Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen und sind diese Eigenschaften und Verhältnisse nicht bei allen an der Straftat Beteiligten gegeben, so sind alle nach diesem Gesetz strafbar, soweit sich nicht das Gegenteil ausdrücklich oder unzweideutig aus dem Gesetze ergibt. Die Strafe derer, bei denen die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen, kann jedoch gemildert werden (§ 111)."

In der Hauptsache gibt E. Mü. damit das Gleiche wieder wie § 30 Abs. I E. 19, ist aber nach einer Richtung weiter als die letztere Bestimmung. Die Neuerung ermöglicht, wie ihre Begründung sagt, die Bestrafung auch dann, wenn die besonderen strafbegründenden Eigenschaften oder Verhältnisse nur in der Person des Anstifters oder Gehilfen, nicht aber des

[1]) Der deutsche Strafgesetzentwurf, 117.
[2]) Anm. 1, 67.

Täters vorliegen, während nach der Fassung des E. 19 in diesem Falle sowohl der Täter (wegen Mangels der persönlichen Qualifikation) als auch der Teilnehmer (wegen der accessorischen Natur seiner Teilnahme) straflos bleibt. Wie wir schon oben darlegten, sucht die Praxis[3]) diese Lücke dadurch auszufüllen, daß sie den Anstiftenden als mittelbaren Täter ansieht; im Falle der Beihilfe aber versagt diese Konstruktion, es sei denn, daß der mit bloßem Unterstützungsvorsatz ausgestattete Gehilfe davon weiß, daß er durch seinen Beitrag die Tat verursacht. Andererseits bringt der Vorschlag des E. Mü. auch eine Einschränkung, indem er diejenigen Fälle unberührt läßt, in denen das Gesetz ausdrücklich oder unzweideutig die individuelle Wirkung strafbegründender Merkmale vorsieht. Die letztere Bestimmung läuft unzweifelhaft dem Bedürfnis nach klarer Rechtslage zuwider, da man über die Frage, ob sich die individuelle Natur strafbegründender Eigenschaften oder Verhältnisse ausdrücklich oder unzweideutig aus dem Gesetz ergibt, in vielen Fällen geteilter Meinung sein kann. Liegt aber tatsächlich einmal ein Fall vor, in welchem das Gesetz keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß ein bestimmter strafbegründender Tatumstand individuell anzurechnen ist[4]), so ist die erwähnte Fassung des E. Mü. nicht geboten, da das Ergebnis in einem solchen Falle auch ohne solche Bestimmung gefunden werden würde. Die seit dem KE. eingeführte Strafmilderung für die außerhalb des besonderen Pflichtenkreises stehenden Beteiligten mußte in Satz 2 E. Mü. umsomehr aufrecht erhalten werden, als teilweise eine Strafbarkeit geschaffen wird, die das geltende Recht nicht kennt, und da einer der Hauptanwendungsfälle, nämlich die Teilnahme von Zivilpersonen an Militärdelikten eine weitgehende Milde verdient.

Gleich Scholz[5]) können wir die Zusammenfassung der Definitionen sämtlicher Täterschafts- und Teilnahmeformen und ihrer Strafbarkeit in einen einzigen Paragraphen nicht billigen, ebensowenig die Huldigung des E. Mü. an die subjektive Teilnahmetheorie.

§ 11.

§ 28 des Amtlichen Entwurfs von 1925.

„Besondere Eigenschaften oder Verhältnisse.

Wenn besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit der Tat begründen, so sind der Anstifter und der Gehilfe strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen die Umstände beim

[3]) RG. St. 28, 109; 44, 69.

[4]) So ist es z. B. unzweifelhaft, daß der Bruder, der einen Fremden zum Beischlaf mit seiner (des Anstiftenden) Schwester veranlaßt, nicht wegen Blutschande bestraft werden kann.

[5]) a.a.O. 48.

> Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden (§ 72).
> Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Täter, Anstifter oder Gehilfen, bei dem sie vorliegen."

Nach den Vorbemerkungen darf der AE. nicht als eine bloß in Einzelpunkten revidierte Umarbeitung des E. 19 gewertet werden, er bedeutet vielmehr ein in den Grundgedanken von ihm abweichendes Gesetzgebungswerk. In seiner prinzipiellen Einstellung zu dem Problem der Teilnahme hebt er sich von seinen Vorgängern durch das Bekenntnis zur objektiven Teilnahmetheorie deutlich ab. Als Täter wird derjenige bezeichnet, der die Tat ausführt. Die Abgrenzung von Anstiftung und Täterschaft beruht wie im geltenden Recht auf der gänzlich verschiedenen Tätigkeit: Auf Seiten des Anstifters treibende Kraft, auf Seiten des Täters wirkende Kraft. Über die Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft aber sagt die Begründung zu § 26: „Der Gehilfe unterscheidet sich vom Täter durch die Art seiner Betätigung, nicht durch die Stellung, die er innerlich zur Tat einnimmt. Es kommt nicht darauf an, ob er die Tat als eigene oder fremde will, sondern darauf, ob er sie ausgeführt oder bloß erleichtert hat". Dieses deutliche Bekenntnis zur objektiven Theorie können wir dem AE. nicht hoch genug anrechnen[1]). Die auf der Lehre von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen eines Erfolges beruhende Gleichstellung der Täter und Teilnehmer, wie sie von den Modernen gefordert wird, lehnt der AE.[2]) ab, da sie der natürlichen Betrachtungsweise und den Anschauungen des täglichen Lebens widerspricht und außerdem auch unbillig ist, weil die Schuld des Gehilfen in der Regel geringer ist als die des Täters und Anstifters . . .".

Welche Stellung nimmt nun der AE. zu der Frage ein: Accessorietät oder Selbständigkeit der Teilnahme? § 27 AE. sagt unter der Überschrift „Selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers": „Die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt". Wenn auch dieser Bruch mit der extrem-accessorischen Form der Teilnahme bereits in den früheren Entwürfen feststellbar ist, so sehen wir ihn doch nirgends mit solcher Klarheit und Rückhaltlosigkeit ausgesprochen wie im AE. Doch ist auch in diesem Entwurf die Accessorietät nicht völlig preisgegeben; die Strafbarkeit des Teilnehmers ist zwar unabhängig von der Schuld und Strafbarkeit des Täters, hat aber die rechtswidrige Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes zur Voraussetzung[3]). Es kann also von einer wirklich völlig „selbstän-

[1]) Kirch 37, Schönzeler 40.
[2]) Begründung S. 25.
[3]) vgl. Kirch 37, 42, Kohlrausch bei Abschrott-Kohlrausch 30, Schmidt 12, Scholz 55.

digen Strafbarkeit des Teilnehmers", wie sie die Überschrift des § 27 verheißt, keine Rede sein[4]). Wir haben schon oben dargelegt, daß wir uns der völligen Selbständigkeit der Teilnahme, die für die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht einmal die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes durch den Täter verlangt, nicht anschließen könnten; die limitiert-accessorische Form der Teilnahme aber, wie sie dem AE. zugrunde liegt, scheint uns recht annehmbar und die Worte, mit denen Wach[5]) diese Lockerung der Accessorietät begrüßt, können wir nur unterstreichen: „So logisch richtig die Accessorietät von Beihilfe und Anstiftung aus der Relativität solcher Teilnahme gefolgert wird, so unabhängig ist das moralische und rechtliche Werturteil über derartiges Handeln. Die Unbekanntschaft mit der Schuldlosigkeit des Täters macht seinen Gehilfen und Anstifter nicht schuldlos. Die Schuld ist individuell, jeder trägt die seine und wird unabhängig vom andern strafbar". Selbst Schönzeler[6]), der im übrigen die Forderungen der Modernen mit Eifer vertritt, weist darauf hin, daß stets das objektive Vorliegen einer strafbaren Handlung (Rechtswidrigkeit) erforderlich ist, da man sonst dazu käme, Teilnahme an rechtmäßiger Tatbestandsverwirklichung zu bestrafen. Bleibt man sich dieser Einschränkung stets bewußt, so mag man ruhig von der künftigen Unabhängigkeit der Teilnahme sprechen, wie manche Schriftsteller es tun. So gelangt man zu der Kontroverse: War § 50 RStGB. eine Ausnahme von dem bisherigen Prinzip der Accessorietät der Teilnahme, so ist § 28 AE. lediglich eine Konsequenz des künftigen Prinzips der Unabhängigkeit der Teilnehmerstrafbarkeit von der Täterstrafbarkeit.

§ 28 AE. bringt gleich KE. und E. 19 die Einbeziehung der strafbegründenden und strafausschließenden Momente, behält den Ausdruck „B e s o n d e r e Eigenschaften und Verhältnisse" bei und läßt gleich seinen Vorgängern keinen Zweifel über die Einrechenbarkeit der höchstpersönlichen Umstände.

Der Begriff der Mittäterschaft ist dem AE., gleich dem VE., unbekannt, was in der Begründung[7]) damit erklärt wird, daß der Mittäter Täter sei, weil er die strafbare Handlung ausführt, sei es auch gemeinschaftlich mit anderen Mittätern. So selbstverständlich das ist, hätte ein kurzer Hinweis des Gesetzes auf die Gleichbehandlung mit dem Täter nicht geschadet und die Beibehaltung des Begriffes für eine so häufige Erscheinungsform des Verbrechens hätte uns besser geschienen als seine Abschaffung[8]).

---

[4]) Lobe a.a.O., Schönzeler 43.
[5]) In Deutsche Juristenzeitung XXX, 1925, Heft 7, Sp. 537.
[6]) a.a.O. 35.
[7]) S. 25.
[8]) Gleicher Meinung Kohlrausch bei Abschrott-Kohlrausch 30.

Auch die von der Wissenschaft geschaffene Konstruktion der mittelbaren Täterschaft ist im AE. beseitigt, sie geht in der Anstiftung auf: Anstifter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt (§ 25). Das neutrale Wort „veranlassen" ist, wie Scholz[9]) richtig vermutet, gewählt worden, um damit die Fälle, die ehemals als mittelbare Täterschaft angesehen wurden, unter den Begriff der Anstiftung zu bringen. Es soll im künftigen Recht auch dann von Anstiftung die Rede sein, wenn der Angestiftete ohne eigenen Vorsatz und ohne Zurechnungsfähigkeit handelt, also bloße Werkzeugqualität besitzt[10]). Die Anstiftung soll, weil sie ja jetzt von den Fesseln der strengen Accessorietät erlöst ist, nach dem Gedankengang der Begründung die mittelbare Täterschaft in ihrem ganzen Umfang ersetzen[11]). Mit Recht weist aber Wegner darauf hin, daß durch die Limitierung der accessorischen Natur der Teilnahme die mittelbare Täterschaft nicht überflüssig wird und daß wir, um ihr Anwendungsgebiet genau zu umgrenzen, ihre gesetzliche Regelung fordern müssen. Das Fehlen eigener Verantwortlichkeit beim Ausführenden, seine bloße Werkzeugqualität, läßt u. E. aus dem Anstifter etwas ganz anderes werden, nämlich den mittelbaren Täter. Der mittelbare Täter steht zur Verwirklichung des Erfolges in einer viel engeren und vorwerfbareren Beziehung als der Anstifter und es ist eine Verwischung strafrechtlicher Elementarbegriffe, wenn Anstiftung und mittelbare Täterschaft zu einer einheitlichen Figur zusammengefaßt werden. So ganz ohne Grund hat man den Homunculus „mittelbarer Täter" nicht geschaffen, daß er ohne jeden Schaden für die strafrechtliche Doktrin und Praxis sich mit einem Federstrich beseitigen ließe. — Die mittelbare Täterschaft wird aber im geltenden Rechte auch herangezogen für jene Fälle, in denen die strafbegründende persönliche Qualifikation nur bei einem Teilnehmer vorliegt. Die dadurch ermöglichte Bestrafung des intraneus-Anstifters bei Straflosigkeit des extraneus-Täters soll im künftigen Recht gleichfalls durch die stark erweiterte Anstiftung umfaßt werden, ein Versuch, der naturgemäß scheitern muß, da durch den extraneus der Tatbestand des Sonderdeliktes überhaupt nicht verwirklicht werden kann, was für die Strafbarkeit des Anstifters trotz herabgeminderter Accessorietät notwendig wäre. Besonders eindringlich und unabweisbar scheinen uns die Erörterungen, die Kohlrausch[12]) dazu macht: „Das Ergebnis ist, daß wegen „Anstiftung" und „Beihilfe" zu einem rechtlichen Nichts, zu einer gar nicht straftatbestandsmäßigen Handlung

---

[9]) a.a.O. 54.

[10]) vgl. Bumke a.a.O. Sp. 24.

[11]) vgl. Ebermayer in Deutsche Juristenzeitung 1925, Sonderbeilage Richtertag, Beling in Gerichtssaal 91, 361, Wegner bei Aschrott-Kohlrausch 105 ff.

[12]) Bei Aschrott-Kohlrausch 32.

gestraft werden kann. Der Beamte, der einen Nichtbeamten zu einem reinen Amtsdelikt veranlaßt, soll bestraft werden wegen „Anstiftung" — wozu? Heute wird jener Nichtbeamte mit Fug und Recht wegen Beihilfe zu einem in mittelbarer Täterschaft begangenen Amtsverbrechen bestraft, nach dem AE. aber bleibt er straflos. Und wenn ein Verheirateter einen Unverheirateten zum Geschlechtsverkehr veranlaßt, so sehe ich nicht, wie man nach § 28 um das sinnlose Ergebnis herumkommen will, ihn wegen Anstiftung zum Ehebruch zu bestrafen". Aus diesen Beispielen geht eklatant hervor, daß man in solchen Fällen mit der Anstiftung nicht operieren kann. Damit schließen wir uns der bereits mehrfach ausgesprochenen Befürchtung an, daß infolge des Wegfalls des Begriffs der mittelbaren Täterschaft im künftigen Strafrecht viele Fälle nicht bestraft werden können, deren Bestrafung der Billigkeit entspricht und gegenwärtig außer Frage steht. Auch Schönzeler[13]) muß zugeben, daß nach dem AE. der „Teilnehmer" dann straflos ausgehen muß, wenn das Fehlen der strafbegründenden Umstände beim „Täter" die Handlung strafrechtlich indifferent macht. Freilich kann der AE. die mittelbare Täterschaft beseitigen, er muß aber dann die unliebsamen Konsequenzen zulassen, zu deren Vermeidung man die mittelbare Täterschaft erfunden hat. Wie soll man es billigen können, daß um der Beseitigung eines „weder unvolkstümlichen noch schwierigen" Begriffes willen solche Unbilligkeiten neuerdings in Kauf genommen werden! Es würde dadurch die Praxis bald dazu gedrängt, den vom Entwurf ängstlich vermiedenen Begriff der mittelbaren Täterschaft unter irgend einem Namen, aber ohne gesetzliche Grundlage, neuerdings wieder einzuführen. Denn nicht um ihrer selbst willen sind juristische Konstruktionen da, sondern um der Praxis zu dienen. Dagegen finden wir die Behauptung Kohlrausch's unbegreiflich, wonach die Begriffe „mittelbare Täterschaft" und „Accessorietät der Teilnahme" hinsichtlich ihrer Unentbehrlichkeit in einem Alternativverhältnis stehen sollen, sodaß, je mehr man den einen einschränkt, man umso mehr den anderen ausdehnen muß. Im Gegenteil: Würde man sich entschließen, den Accessorietätsgrundsatz auch in seinem letzten Rest zu beseitigen, so würde damit auch strafbare Teilnahme an einer nicht straftatbestandsmäßigen Handlung möglich und die mittelbare Täterschaft überflüssig. Solange aber die Accessorietät bestehen bleibt, ist der Begriff der mittelbaren Täterschaft unentbehrlich.

Die Strafbarkeit des extraneus-Teilnehmers am Sonderdelikt entspricht der Regelung in den bisherigen Entwürfen[14]). Durch die Fassung: „wenn diese Umstände b e i i h n e n o d e r

[13]) a.a.O. 44.

[14]) Begründung S. 28, Kirch 48, Scholz 56, Wegner bei Aschrott-Kohlrausch 118.

beim Täter vorliegen" tritt der AE. dem Vorschlag des E. Mü. bei und sagt, daß auch die Teilnahme des intraneus am Sonderdelikt des extraneus strafbar sei, sofern die Handlung des Ausführenden durch das Fehlen der Qualifikation nicht indifferent wird[15]). Daß diese Beschränkung auf die „nicht-eigenhändigen" Delikte aus dem Wortlaut des § 28 Abs. I AE. nicht hervorgeht, sich vielmehr nur aus der Begründung ergibt, muß bemängelt werden[16]). Die bisherige Auffassung konnte diesen Fällen nur durch die Annahme mittelbarer Täterschaft beikommen; man spricht von einem dolosen Werkzeug in der Hand des intraneus-Teilnehmers. Gegenüber dem erweiterten Teilnahmebegriff des Entwurfs ist die Figur des dolosen Werkzeugs überflüssig. Die Strafmilderung für den extraneus in Abs. I, Satz 2 konnte auf den Anstifter beschränkt werden, da die mittelbare Täterschaft beseitigt und die geringere Strafbarkeit des Gehilfen allgemein ausgesprochen ist (§ 27 AE.).

Da die Vorschrift des § 28 Abs. II gleichlautend ist mit den analogen Bestimmungen der früheren Entwürfe, sind über dieses Thema weitere Ausführungen nicht geboten.

Was die strafändernden Umstände anlangt, so ist eine bedeutende Zurückdrängung von Sondervorschriften über erschwerte oder erleichterte Fälle der gemeinen Delikte feststellbar. Abgesehen von typischen Einzelfällen der Qualifikation oder Privilegierung, die aus dem E. 19 übernommen wurden, bekundet der Entwurf eine grundsätzliche Abneigung, dem Richter feste Kennzeichen der schwereren oder leichteren Deliktsform mit einer dafür bestimmten speziellen Strafdrohung an die Hand zu geben und zwar auch da, wo solche Spezialisierungen keineswegs casuistische, sondern gattungsmäßige Bedeutung haben. Mit dem System genereller Milderungsmaßstäbe für allgemein bestimmte Milderungsgründe wird aufgeräumt und in § 72 nur ein einziges Milderungsprinzip aufgestellt; ebenso kommt der Entwurf bei der strafschärfenden Zumessung zu einer Lockerung der bindenden Regeln und damit zu einer beträchtlichen Erweiterung des richterlichen Ermessens. Ob diese Steigerung des Einflusses richterlichen Ermessens und diese Verminderung bindender Normen für die Strafzumessung zu begrüßen oder zu verwerfen ist, darüber herrscht große Uneinigkeit[17]). U. E. mit Recht stellt Schmidt[18]) für das künftige Strafrecht die Forderung auf: „Scharfe Herausarbeitung der Tatbestände, die in ihrem vom Gesetz fest umrissenen Umkreis, in ihren äußerlich unterscheidbaren schwereren und leichteren Typen dem Volke kontinuierlich durch die ihnen verhältnismäßig angepaßten Strafen in den

[15]) Begründung S. 25, 28.
[16]) So zutreffend Scholz 56.
[17]) vgl. darüber einerseits Schmidt a.a.O. 13 ff. und Bumke in DJZ. XXX, Heft 1, Sp. 26, andererseits Wach in DJZ. XXX, Heft 7, Sp. 533.
[18]) a.a.O. 20.

Menschen aller Bevölkerungsklassen die Vorstellungen des rechten und unrechten Verhaltens lebendig eingeprägt erhalten", während z. B. Wach[19]) u. E. zu Unrecht für das geltende Recht von einer „der Gerechtigkeit abträglichen Veräußerlichung und Casuistik der Tatbestände mit ihrem Gefolge spezialisierender Qualifikationen und Privilegierungen" spricht. Diese Verschiedenheit der Beurteilung ist nur ein Zweig jener Meinungsverschiedenheiten, die sich auf die Beurteilung des AE. im Ganzen beziehen. Auf der einen Seite begeisterte Ovationen, auf der anderen Seite vernichtende Kritik. So sagt Schmidt[20]): „Man wird sich leicht klar machen können, daß eine strafrechtliche Urteilsfällung, die sich nach dem AE. zu vollziehen hätte, sich um die rechtliche Beschaffenheit der abzuurteilenden Tat, die Art und Besonderheit der in der Tat verkörperten Verletzung des Strafgesetzes nicht mehr viel zu sorgen haben würde . . . So bleibt als die verantwortliche und für das Schicksal des Angeklagten maßgebende Funktion des Richters nur die Beurteilung der Persönlichkeiten zurück . . . Wir landen dann mit unserer Strafjustiz tatsächlich . . . bei der Umwandlung unserer altgewohnten und alterprobten Rechtspflege nach einem Gesetz, vor dem „alle Staatsbürger gleich sind", in einen Zweig höherer Sicherheitspolizei, einer behördlich garantierten Menschenklassifizierung, für die gefühlsmäßige Totaleindrücke oder psychologisch-pädagogische Denkschemata der Richter, nicht mehr Gesetzesregeln, die Richtung geben". Mit beißendem Spott schließt sich Kohlrausch[21]) diesem Urteil bezüglich der Teilnahmelehre an, wenn er sagt: „Hier weht ein frischer, allzu frischer Wind. Der 4. Abschnitt will mit überflüssigen Destinktionen und Streitfragen aufräumen, unbekümmert um Traditionen, allerdings auch unbeschwert von ‚Wissenschaft'." Auf der anderen Seite sagt Bumke[22]), daß der AE. „an Klarheit, Einfachheit, Anschaulichkeit und Volkstümlichkeit über die früheren Entwürfe hinausgewachsen" sei, und Kirch[23]) spricht von einem „krönenden Abschluß der jahrzehntelangen Arbeiten". Welcher dieser widersprechenden Meinungen sollen wir uns anschließen? Wir glauben, daß der AE. trotz mancher Mängel wohl geeignet ist, die Grundlage des künftigen Strafrechts zu bilden. Was das Problem der vorliegenden Arbeit im Besonderen betrifft, so mußten wir Kritik üben an der Beseitigung der Mittäterschaft, dem gewaltsamen Versuch, die mittelbare Täterschaft zu einer begrifflich unmöglichen Anstiftung herabzuwürdigen, und an dem Bestreben, bindende Normen für die Strafzumessung möglichst zu vermeiden. Im übrigen aber bemüht sich der Entwurf

[19]) a.a.O. (Anm. 1).
[20]) a.a.O. 19.
[21]) Bei Aschrott-Kohlrausch 30.
[22]) In DJZ. XXX, Heft 1, Sp. 23.
[23]) a.a.O. 36.

ernstlich, die Lücken des geltenden Gesetzes auszufüllen, namentlich auch die wichtige Frage der Teilnahme am Sonderdelikt zu lösen[24]).

§ 12.

§ 32 der Reichstagsvorlage von 1927.

„Besondere Eigenschaften oder Verhältnisse.

Wegen einer Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, sind Anstifter und Gehilfe strafbar, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen sie beim Anstifter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden.

Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Täter, Anstifter oder Gehilfen, bei dem sie vorliegen."

Diese Fassung zeigt gegenüber § 28 AF. eine bloße Wortabweichung bei gleichbleibender sachlicher Behandlung. Eine hier einschlägige Neuerung der Reichstagsvorlage liegt darin, daß der Begriff der Mittäterschaft wieder aufgenommen ist (§ 28), was wir entsprechend unseren obigen Ausführungen aufrichtig begrüßen[1]). Die mittelbare Täterschaft dagegen hat keine Wiederauferstehung erfahren. Wenn Rich. Schmidt[2]) bezüglich unseres Problems von „grotesken Widersprüchen" des E. 27 spricht, so können wir diese Äußerung nur in Bezug auf die Beseitigung der mittelbaren Täterschaft und ihr Aufgehen in der Anstiftung als berechtigt anerkennen. Diese Widersprüche, die Kohlrausch[3]) an markanten Beispielen erörtert hat, mußten wir bereits oben für den AE. ausdrücklich betonen[4]). Die große Zurückhaltung in der Aufstellung spezieller Qualifizierungs- und Privilegierungstatbestände zugunsten einer übermäßig großen, richterlichen Ermessensfreiheit ist beibehalten, die Strafrahmen sind weit und die generellen Milderungsmaßstäbe für allgemein bestimmte Milderungsgründe sind relativ häufig —, lauter Umstände, die Köhler[5]) zu folgendem Vergleich der Reichstagsvorlage mit den ausländischen Entwürfen veranlassen: „Keines der Gesetzgebungswerke zeigt die gleiche Weichheit, wie sie der deutsche Entwurf mit seinen abnorm gehäuften Gelegenheiten zur Abweichung vom ohne-

---

[24]) vgl. auch Kirch 49, Schönzeler 44, Scholz 59, Wegner bei Aschrott-Kohlrausch 118.

[1]) Gleicher Meinung Scholz 60, vgl. auch Ebermayer in DJZ. XXXII, Heft 9, Sp. 627.

[2]) Strafrecht II 167.

[3]) Bei Aschrott-Kohlrausch 32.

[4]) vgl. oben § 11 Abs. V.

[5]) Rede 31.

dies nicht engen ordentlichen Strafrahmen oder zur Umgehung des Strafübels überhaupt darbietet. Mit Ausnahme des tschechoslowakischen Entwurfes zeigt keines den gleichen Mangel an Entschlossenheit, der im deutschen Entwurf zu bemerken ist, wo Fragen, die das Gesetz regeln könnte, teils auf die oberstrichterliche Rechtsprechung, teils auf das sehr verschieden ausfallende, jeweilige Ermessen der Gerichte übergewälzt sind". Was im Besonderen das Problem der „Persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse" anlangt, so können wir trotz der gerügten Mängel einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Rechte feststellen, bestehend in der freilich unvollständigen Lösung des Einflusses der strafentscheidenden Umstände auf die Strafbarkeit der Teilnehmer. Die Freude über die Erkenntnis, daß das künftige Strafgesetzbuch über diese wichtige Frage Klarheit geben muß, läßt die festgestellten Unvollkommenheiten der versuchten Lösung in einem milderen Lichte erscheinen.

§ 13.

Zusammentreffen mehrerer Strafschärfungs- oder Milderungsgründe sowie von ersteren mit letzteren.

Das RStGB. enthält darüber nichts, aber auch in den Entwürfen findet sich, wenn überhaupt, eine ausdrückliche Regelung nur für das Zusammentreffen mehrerer Milderungsgründe. So sollen nach § 117 Abs. I KE. bei Zusammentreffen mehrerer der in § 115 bezeichneten Milderungsgründe (z. B. verminderte Zurechnungsfähigkeit und Jugendlichkeit) a l l e vorliegenden Milderungsgründe unter e i n m a l i g e r Anwendung des § 115 berücksichtigt werden. Den gleichen Gedanken finden wir in § 75 E. 27, der sich inhaltlich mit § 74 AE. völlig deckt, wenn er bestimmt: „Treffen mehrere Gründe zusammen, aus denen die ordentliche Strafe nach § 73 zu mildern ist, oder treffen einer oder mehrere dieser Gründe mit mildernden Umständen zusammen, so sind die Vorschriften des § 73 nur e i n m a l anzuwenden. Innerhalb der Grenzen, die sich hieraus ergeben, sind a l l e vorliegenden Milderungsgründe zu berücksichtigen". Gleispach[1]) bezeichnet diese Regelung als sachlich richtig und einwandfrei und Ebermayer[2]) empfiehlt mit Recht die entsprechende Anwendung dieser Grundsätze bei Zusammentreffen von Milderungsgründen des § 115 KE. bzw. § 72 AE. bzw. § 73 E. 27 mit a n d e r e n Milderungsgründen, wobei von den verschiedenen Bestimmungen jene Anwendung finden soll, welche die weiteste Berücksichtigung der vorliegenden Milderungsgründe zuläßt.

[1]) Bei Aschrott-Kohlrausch 192.
[2]) Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Strafrechtskommision, S. 27.

Über das Zusammentreffen zweier oder mehrerer Strafschärfungsgründe schweigen die Entwürfe gleich dem geltenden Recht. Eine Bestimmung dieser Art ist nach der Begründung zum AE. (S. 55) — und gleiches wird für E. 27 zu gelten haben — entbehrlich, da in der Praxis sich über die zu verhängende Strafe keine Zweifel ergeben könnten. Die für diese Behauptung angeführten Gründe können wir mit Gleispach[3]) als zutreffend bezeichnen und von ihrer Aufzählung absehen.

Bei Zusammentreffen von Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen erscheint es fraglich, ob die geschärfte Strafe zu mildern oder die gemilderte Strafe zu verschärfen ist. Beide Methoden führen keineswegs immer zum gleichen Ergebnis. Mag auch die Begründung zum AE. (S. 56) — die Begründung zum E. 27 schweigt — recht haben, wenn sie ausführt, es könnten sich in diesem Punkte praktische Kollissionen nicht ergeben und der einzig wichtige Fall, der des Zusammentreffens von verminderter Zurechnungsfähigkeit und gefährlichem Gewohnheitsverbrechertum, finde seine Lösung in der richterlichen Prüfung, ob die Neigung zum Verbrechen mehr in der Geistesschwäche des Täters oder in seinem Charakter wurzelt, so möchten wir doch nicht mit Gleispach diese Ausführungen der Begründung als eine „annehmbare Lösung" bezeichnen. Billigenswert erscheint uns vielmehr jener österreichische Vorschlag[4]), der eine ausdrückliche Bestimmung des Inhaltes verlangt, daß nur die überwiegenden Gründe und nur s o w e i t sie überwiegen, berücksichtigt werden sollen. Dagegen können wir mit dem von gleicher Seite gemachten Vorschlag nicht sympathisieren, nach welchem Rückfall und Gewohnheit die Zubilligung mildernder Umstände auf alle Fälle ausschließen sollen.

[3]) Bei Abschrott-Kohlrausch 201.
[4]) Berichte und Abänderungsvorschläge zum E. 19, S. 126.

III. Hauptteil:

Die einzelnen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im künftigen Strafrecht.

Die folgende Zusammenstellung beschränkt sich auf die in der Reichstagsvorlage von 1927 vorkommenden „Besonderen Eigenschaften und Verhältnisse" und auf die Beleuchtung der Unterschiede dieser künftigen Regelung gegenüber dem geltenden Recht. Nur ausnahmsweise werden wir veranlaßt sein, von bemerkenswerten Sonderregelungen der Zwischenentwürfe zu sprechen. Unerwähnt bleiben jene Momente[1]), die nach Ansicht des Verfassers nicht zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu zählen sind, weil sie nicht die Persönlichkeit des Täters im Ganzen charakterisieren[2]), sondern nur eine bei Begehung der konkreten Tat vorliegende Willensbeschaffenheit darstellen.

§ 14.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen.

Für das künftige Recht sind folgende straferhöhenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse zu nennen:

1. Alter über 18 Jahren: Nach § 297 Nr. 4 E. 27 wird die Unzucht zwischen Männern strenger bestraft, wenn sie von einem über 18 Jahre alten Täter unter Verführung eines Jugendlichen begangen wird. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß die durch das höhere Alter gegebene Überlegenheit den Verführer besonders strafwürdig erscheinen läßt. Das geltende Strafrecht kennt diesen Strafschärfungsgrund nicht.

2. Verwandtschaft aufsteigender Linie: Dieses persönliche Verhältnis macht wegen der mit ihm regelmäßig verbundenen autoritativen Stellung den Täter häufig strenger strafbar. So nach gegenwärtigem und künftigem Recht für das Delikt der Blutschande (§ 173 I RStGB., § 290 I E. 27). Die strengere Strafbarkeit des Aszendenten beruht auf der Erwägung, daß von ihm regelmäßig die Initiative ausgehen wird und daß bei ihm dieses Delikt regelmäßig auch einen

[1]) z. B. Überlegung, Motiv, Absicht, Gewinnsucht, Entgeltlichkeit, Böswilligkeit, Wissentlichkeit, Irrtum, Provokation etc.

[2]) Vgl. Rubo: „Beschaffenheit des Wesens eines Menschen".

Autoritätsmißbrauch in sich schließt. Bezüglich der Straflosigkeit jugendlicher Deszendenten vgl. auch unten § 16 Z. 2.

3. Überordnungsverhältnis: § 265 E. 27 bestraft unter Übernahme des Tatbestandes des § 223a II RStGB. jene Körperverletzung strenger, die von Fürsorgepflichtigen an Jugendlichen, Gebrechlichen oder Kranken begangen wird. In Verfolgung des gleichen Gedankens wird in § 297 I Nr. 2 E. 27 die an sich schon strafbare Nötigung zur Unzucht zwischen Männern schwerer strafbar, wenn sie begangen wird unter Mißbrauch einer durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis begründeten Abhängigkeit. Strafschärfend wirkt in diesen Fällen, daß der Übergeordnete seine Stellung in verwerflicher Weise dazu benützt, an dem Untergeordneten eine strafbare Handlung zu begehen.

4. Rädelsführerschaft: Hierbei handelt es sich zweifellos um ein persönliches Verhältnis zu den Beteiligten in untergeordneter Stellung[3]). Das geltende und das künftige Recht kennen diesen Strafschärfungsgrund für Aufruhr und Landfriedensbruch (§§ 115 II, 125 II RStGB., 172 II Satz 1 E. 27), das kommende Strafrecht sieht ihn ferner vor für Gefangenenmeuterei und Ausbruch von Gefangenen (§§ 154 III, 155 III E. 27). Die Straferhöhung für die Rädelsführer rechtfertigt sich damit, daß sie sich nicht damit begnügen, die strafbare Handlung mitzumachen, daß sie vielmehr eine leitende und führende Tätigkeit ausüben, die uns einen Schluß auf ihre besonders starke Mißachtung der Rechtsordnung gestattet.

5. Ausländerqualität: Die deutschen Strafgesetze sind nach dem gegenwärtigen und künftigen Recht auch auf Ausländer anzuwenden, falls sie im Herrschaftsbereich des deutschen Reiches eine strafbare Handlung begehen. Abgesehen von gewissen Ausnahmen bewirkt also das Territorialitätsprinzip im Strafrecht eine prinzipielle Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern. Die schwächere Rechtsstellung der Ausländer zeigt sich aber darin, daß gegen sie die Reichsverweisung ausgesprochen werden kann. § 64 E. 27 sagt: „Wird ein Ausländer zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, so erklärt das Gericht es für zulässig, daß er innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung aus dem Reichsgebiet verwiesen wird, wenn sein Verbleiben im Inland eine Gefahr für andere oder für die allgemeine Sicherheit bedeuten würde . . . Der Ausspruch ist, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, nur neben einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Monaten zulässig. Ein Ausländer, dessen Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt, in einem Arbeitshaus oder in der Sicherungsverwahrung für zulässig erklärt oder

[3]) Gleicher Meinung z. B. Suckel a.a.O. 35; anderer Ansicht z. B. Kirch a.a.O. 16.

angeordnet worden ist, kann statt dessen oder außerdem aus dem Reichsgebiet verwiesen werden . . .“ Diese Vorschrift findet sich zwar in dem Abschnitt über Maßregeln der Besserung und Sicherung, trotzdem aber bedeutet die Reichsverweisung, soweit sie neben der Strafe oder neben der Unterbringung und auch soweit sie statt der Unterbringung zulässig ist, der Sache nach eine Straferhöhung für Ausländer und wird stets als solche empfunden werden. Einen Ausländer, der in Deutschland die wirtschaftlichen Grundlagen seiner Existenz gefunden hat, wird im Falle seiner Straffälligkeit die Reichsverweisung meist viel schwerer treffen als die wegen der Tat verwirkte Strafe. An dem faktischen Strafcharakter der Reichsverweisung kann also nicht gezweifelt werden und damit wird das Fehlen der deutschen Staatsangehörigkeit zu einem persönlichen Verhältnis, welches die Strafbarkeit erhöht. Die Vorschrift des § 64 E. 27 ist in dieser Allgemeinheit dem RStGB. fremd, bekannt ist ihm die Reichsverweisung nur als Folge der Polizeiaufsicht über Ausländer (§§ 39 Z. 2, 362 IV RStGB.). Der E. 27 begnügt sich aber nicht einmal mit der generellen Norm des § 64, sondern ermöglicht darüber hinaus für gewisse Delikte[4]) Reichsverweisung gegen Ausländer auch dann, wenn wegen der Tat auf eine geringere Strafe als eine dreimonatige Freiheitsstrafe erkannt wird. Die Reichsverweisung wegen Glücksspieldelikten hat bereits im geltenden Recht ein Vorbild (§ 285a II RStGB.). Die Zulassung der Reichsverweisung bei gewissen Delikten ohne Rücksicht auf Art und Höhe der verwirkten Strafe (vgl. Anm. 4) geht auf die Erfahrung zurück, daß Straftaten dieser Art besonders häufig durch Ausländer unter Mißbrauch des Gastrechtes in Deutschland begangen werden.

6. Beamtenverhältnis: Das geltende Recht kennt eine stattliche Zahl von sogenannten uneigentlichen, unechten oder gemischten Beamtendelikten, von Delikten, die allgemein strafbar sind, aber strenger geahndet werden, wenn sie von einem Beamten in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit begangen werden. Diesen uneigentlichen Amtsdelikten sind im geltenden Recht jeweils besondere Paragraphen gewidmet, welche die Anwendung der den gleichen Tatbestand umschließenden allgemeinen Normen ausschließen. Im Gegensatz zu diesem System hat der VE. erstmals eine allgemeine Vorschrift aufgestellt, durch die die meisten unechten Amtsdelikte beseitigt wurden[5]). § 210 VE. sagt: „Begeht ein Beamter vorsätzlich in oder bei Ausübung des Amtes ein in den übrigen Ab-

[4]) So Glücksspieldelikte (§ 360), Hochverrat (§ 89 Halbsatz 2), Landesverrat (§ 98 Halbsatz 2), Angriffe gegen die Staatsform und gegen verfassungsmäßige Körperschaften (§ 102 Halbsatz 2), Störung der Beziehungen Deutschlands zum Ausland (§ 117), Angriffe gegen die Wehrmacht und die Volkskraft (§ 122).

[5]) vgl. Köhler Studien zum VE., Seite 19.

schnitten dieses Gesetzes vorgesehenes Verbrechen oder Vergehen, so wird die angedrohte Strafe im Höchstmaß um die Hälfte erhöht, doch darf der gesetzliche Höchstbetrag der zur Anwendung kommenden Strafart nicht überschritten werden". Dieses System eines allgemeinen Sonderstrafrahmens für Beamte hat der GE. in § 90, der KE. in § 174 I und der E. 19 in § 181 mit geänderter Fassung aufrecht erhalten. Dagegen sind der AE. und die Reichstagsvorlage in dieser Frage wieder zu dem System des RStGB. zurückgekehrt, ein Schritt, der u. E. ein Rückschritt ist. Mit Recht sagt die Vorbemerkung zum 7. Abschnitt des E. 19, die allgemeine Strafschärfung für Beamte rechtfertige sich damit, daß „ein Beamter während der Ausübung der von ihm vertretenen Staatsgewalt in erhöhtem Maße verpflichtet ist, sich strafbarer Handlungen zu enthalten". Der im Dienst stehende Beamte muß sich bewußt sein, daß durch seine im Amte begangenen strafbaren Handlungen nicht nur seine eigene Person herabgewürdigt wird, daß vielmehr jede Verfehlung eines Beamten letzten Endes auf den Staat und seine Einrichtungen zurückfällt und geeignet ist, den Staat als Ganzes in den Augen der Staatsbürger der Korruption verdächtig zu machen[6]). Sehr treffend weist Aschrott[7]) darauf hin, daß eine allgemeine Straferhöhung gegen Beamte im Interesse der Reinheit und Sauberkeit der Verwaltung und an einem integeren Beamtenstand liege und daß dieses staatliche Interesse noch verstärkt sei, seitdem zu Beamten vielfach Personen nicht nach ihrer Befähigung und ihrem Charakter, sondern unter Berücksichtigung ihrer politischen Ansichten und ihrer politischen Richtung gewählt werden".

Der Beamten-Begriff ist in § 9 Nr. 4 E. 27 gegenüber § 359 RStGB. erheblich erweitert worden. Durch die Einführung des Begriffes der „Amtsträger" und seine weitherzige Definition wurde einer von wissenschaftlicher Seite schon längst gestellten Forderung Rechnung getragen, nicht die Beamteneigenschaft sondern die berufliche Amtsausübung entscheiden zu lassen. Zu den Amtsträgern im Sinne des künftigen Rechtes gehören namentlich auch die Träger öffentlicher Ehrenämter, wie z. B. Schöffen, Geschworene und andere Laienbeisitzer von Gerichtsbehörden, ferner Personen, die zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen, sofern ihre Tätigkeit sich als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt[8]). Diese Neuerung

[6]) Gleicher Ansicht Aschrott bei Aschrott-Kohlrausch 231, Höpler ebenda 255, Kirch 12, Scholz 39.

[7]) Bei Aschrott-Kohlrausch 231.

[8]) So z. B. die Beamten der Reichsbahn (Reichsbahngesetz und Reichsbahnpersonalgesetz vom 30. 8. 24, RGBl. II 272, 287, RG. St. 60, 142 ff.), der Reichsbank (Bankgesetz vom 30. 8. 24, RGBl. II 235), die Träger von Ämtern der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechtes, soweit ihnen im Einzelfall staatliche Aufgaben übertragen worden sind (§§ 148, 269 II Satz 2, 322 II Satz 2 E. 27, vgl. auch 160 II und 392 III E. 27, Art. 137 V RV.).

ist besonders zu begrüßen angesichts der Tatsache, daß heute mehr denn je auf allen Gebieten des staatlichen Lebens zahlreiche nichtbeamtete Personen zu öffentlichen Ämtern berufen werden. An die Seite und an die Stelle der Berufsbeamten sind in immer steigendem Maße Personen getreten, die, ohne Beamte im staatsrechtlichen Sinne zu sein, ein öffentliches Amt auszuüben haben und daher Beamte im strafrechtlichen Sinne sein müssen, da für ihre Amtsführung das Bedürfnis nach Reinhaltung nicht minder groß ist als bei den Berufsbeamten[9]).

Wie den Begriff des Beamten erweitert E. 27 auch den des Richters entsprechend (§ 9 Nr. 5 E. 27).

Die einzelnen Fälle der uneigentlichen Amtsdelikte sind im E. 27 gegenüber dem RStGB. um ein Weniges verringert worden. Zu nennen sind namentlich: Teilnahme an einer geheimen oder staatsfeindlichen Verbindung (§§ 128 II, 129 II RStGB., 175 III E. 27), Nötigung unter Mißbrauch der Amtsgewalt (§§ 339 RStGB., 130 E. 27), Gefangenenbefreiung (§§ 347 I RStGB., 156 III E. 27), fahrlässiges Entweichenlassen von Gefangenen (§§ 347 II RStGB., 157 E. 27), Unterschlagung (§§ 350 RStGB., 131 E. 27), Diebstahl (§ 131 E. 27), Urkundenfälschung etc. (§§ 348 II RStGB., 132 II E. 27), Verletzung des Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnisses (§§ 354/5 RStGB., 142 E. 27), vorsätzliche Verleitung Untergebener zu strafbaren Handlungen (§§ 357 RStGB., 144 E. 27), Verfälschung und Unterdrückung öffentlicher Beglaubigungszeichen oder anderer Beweismittel als Urkunden (§§ 133 II, 134 E. 27). Eine Einschränkung gegenüber dem geltenden Recht (§§ 340 bis 342 RStGB.) findet sich insofern, als besondere Vorschriften über Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Hausfriedensbruch bei Ausübung eines Amtes aufgegeben sind, da die weiten Strafrahmen, die E. 27 bei diesen Vergehen vorsieht (§§ 259 ff, 275, 277 E. 27) dem Richter hinreichend Raum geben, um die durch die Beamteneigenschaft des Täters verursachte erhöhte Strafwürdigkeit zu berücksichtigen. Nicht aufgenommen in den Entwurf ist ferner die erhöhte Strafdrohung gegen Beamte für fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung (§§ 222 II, 230 II RStGB.) und für Urkundenfälschung in gewinnsüchtiger Absicht, dagegen ist der Wegfall des Antragserfordernisses bei vorsätzlicher und fahrlässiger Körperverletzung in Übertretung einer Amtspflicht aufrechterhalten worden (§§ 232 I RStGB., 269 I E. 27). Auch hierin ist eine strengere Behandlung des Amtsträgers zu erblicken, gerechtfertigt durch die Erwägung, daß der Staat, der dem Beamten einen besonderen Schutz gewährt, in der Lage sein muß, ihn für Gesetzesverletzungen, die er sich in oder bei Ausübung seines Amtes zuschulden kommen läßt, ohne Rücksicht auf den Willen des Verletzten zur Rechenschaft zu ziehen.

[9]) vgl. Begründung zum 7. Abschnitt des E. 27.

7. Militärpersonenverhältnis: Dieses besondere Pflichtverhältnis zum Staat beurteilt sich im künftigen wie im gegenwärtigen Recht nach den besonderen Vorschriften namentlich des Militärstrafgesetzbuches in der Fassung von 1926, denen gegenüber die allgemeinen Strafgesetze des Reiches nur subsidiäre Geltung haben (§ 10 RStGB.). Analog den Beamtendelikten gibt es echte und unechte, eigentliche und uneigentliche, reine und gemischte Militärdelikte. Bei den uneigentlichen Militärdelikten[10]) ist die Militärpersonenqualität ein persönliches Verhältnis, welches die Strafbarkeit gegenüber der gewöhnlichen Strafdrohung des bürgerlichen Strafrechts für die gleichen Delikte erhöht.

8. Gemeinschädlichkeit: Die Typen des gemeinschädlichen Verhaltens (Bettler, Arbeitsscheue, Vaganten, Prostituierte, Zuhälter) bilden eine besondere Gruppe innerhalb des gefährlichen Verbrechertums, denn wer sich der sozialen Forderung und Erwartung entzieht, im wirtschaftlichen System einen seinen Fähigkeiten angemessenen Posten auszufüllen, es vielmehr vorzieht, sich einem arbeits- und disziplinlosen Lotterleben zu ergeben, wird, wie Schmidt[11]) mit Recht betont, „zum Schmarotzer des gesunden Kulturlebens, zum Störenfried des produktiven Arbeitsaustausches“[12]). Die Erfahrung hat gezeigt, daß diese Formen der sogenannten „kleinen Kriminalität“ mit den gemeinsten und schwersten Formen des Gewerbsverbrechertums in enger Beziehung stehen und daß daher diese Gruppe der Kriminellen ein besonderes Augenmerk verdient. Aus diesem Bewußtsein heraus hat man im gegenwärtigen Recht die in diesen Formen der Kriminalität steckende schamlose Mißachtung der allgemein menschlichen Bestimmung zu nützlicher Gemeinschaftsarbeit als rechtswidrig und strafwürdig erachtet. Das RStGB. straft die Gemeinschädlichkeit in ihren verschiedenen Arten als Übertretungen mit Haft (§ 361 Z. 3—8 RStGB.) und sieht nach verbüßter Strafe die sichernde Maßnahme des Arbeitshauses vor (§ 362 RStGB.). Der E. 19 hat in Würdigung der kriminalistischen Bedeutung des gemeinschädlichen Verhaltens die erwähnten Delikte zu Vergehen erhoben (§§ 274—280 E. 19). Die Denkschrift S. 218 hebt ausdrücklich hervor, daß diesen sozialen Krankheitserscheinungen des Volkes zwar mit den Mitteln des Strafrechts nur in beschränktem Maße beizukommen sei, daß aber zur Zeit Strafvorschriften für gemeinschädliches Verhalten noch unentbehrlich seien[13]). Im Gegensatz dazu beseitigt der AE. die Straf-

[10]) z. B. MStGB. §§ 57 (Landesverrat im Felde), 58 (Kriegsverrat), 91 (Beleidigung eines Vorgesetzten), 97 (Körperverletzung an einem Vorgesetzten), 121 (Beleidigung eines Untergebenen), 122 (Körperverletzung an einem Untergebenen).

[11]) a.a.O. 25 f.

[12]) vgl. auch Mezger Rede 21 ff.

[13]) vgl. besonders auch Klee bei Aschrott-Kohlrausch 399.

barkeit des gemeinschädlichen Verhaltens gänzlich und sieht für solche Elemente lediglich das Arbeitshaus vor (§§ 378—384 AE.). Die Tatbestände des gemeinschädlichen Verhaltens sind dort weder Vergehen noch Übertretungen, das Arbeitshaus weder eine Strafe noch eine polizeiliche Maßregel nach oder neben der Strafe, sondern eine vorwiegend fakultative Maßregel mit Besserungszweck. Mit Recht hält Wach[14]) das Arbeitshaus im AE. für deplaziert, in die Luft gestellt, mit Recht will er diese Tatbestände wieder zu strafbaren Handlungen machen und das Arbeitshaus zur Nach- oder Ersatzstrafe. E. 27 hat dieser berechtigten Forderung Folge geleistet, straft solche Handlungen wieder als Vergehen (§ 370—373 E. 27) und läßt gleichzeitig zu, daß das Gericht die Unterbringung in einem Arbeitshaus oder bei Minderjährigen in einer Besserungs- oder Erziehungsanstalt für zulässig erklärt (§ 58 E. 27). Die als selbständige Maßnahme beseitigte Schutzaufsicht bleibt erhalten für den Fall der bedingten Aussetzung der Unterbringung im Arbeitshaus etc. (§ 61 E. 27)[15]). Diese Regelung des E. 27 können wir nur begrüßen. Zeigt sich, daß ein verbrecherisches Verhalten der geschilderten Art (z. B. Bettel) seine Wurzel in der Liederlichkeit und Arbeitsscheu des Arbeitsfähigen hat, mit anderen Worten, daß es sich beim Täter um einen gemeinschädlichen Menschen handelt, so ist es nur recht und billig, neben der Strafe auf Unterbringung im Arbeitshaus zu erkennen, wenn diese Maßregel erforderlich ist, um den Verurteilten an ein gesetzmäßiges und arbeitsames Leben zu gewöhnen[16]). Die Gemeinschädlichkeit ist ein persönliches Verhältnis zum Staat und zur Gesellschaft, welches neben die Strafe die sichernde Maßnahme des Arbeitshauses treten läßt, sie ist, da das Arbeitshaus praktisch als Strafe empfunden wird, ein straferhöhender Tatumstand persönlicher Natur.

9. Qualität eines für die Rechtssicherheit gefährlichen Gewohnheitsverbrechers: Das RStGB. kennt den Rückfall, für dessen Einbeziehung in den Bereich des § 50 wir uns bereits oben ausgesprochen haben, als persönlichen, straferhöhenden Umstand bei Diebstahl, Raub, Hehlerei und Betrug (§§ 244, 250 Z. 5, 261, 264 RStGB.), ferner bei der Übertretung des Bettels als Umstand, welcher die Überweisung an die Landespolizeibehörde ermöglicht (§§ 361 Z. 4, 362 II RStGB.). Dieses System der Aufstellung besonderer erhöhter Strafrahmen für den Rückfälligen wird auch von den älteren Entwürfen beibehalten. VE., KE. und E. 19 geben eine generelle Regelung für Verbrechen und vorsätzliche Vergehen überhaupt, wegen deren Freiheitsstrafe verwirkt wird; sie geben eine Begriffsbestimmung des Rückfalls (§§ 87 VE., 119 KE., 118 E. 19), an die sie die Strafbemessungs-

[14]) In DJZ. XXX, Heft 7, Sp. 530, A. A. Klee a.a.O. 401.
[15]) vgl. besonders auch Ebermayer in DJZ. XXXII, Heft 9, Sp. 628—631.
[16]) Gleicher Meinung Schmidt a.a.O. 169, Wach a.a.O. Sp. 531.

regeln anreihen (§§ 88 VE., 120 KE., 119 E. 19). Im ersten und zweiten Rückfall wird die Strafe innerhalb des normalen Strafrahmens erhöht, für den dritten und ferneren Rückfall wird ein besonderer, generell erhöhter Strafrahmen aufgestellt[17]). Neben diesen Normen über die Rückfallstrafen kennt bereits E. 19 in § 120 den Begriff des „gefährlichen Verbrechers", welcher fünfmalige Verurteilung zu erheblichen Freiheitsstrafen, darunter zu mindestens einer Zuchthausstrafe, voraussetzt. Der AE. und ihm folgend E. 27 sind dazu übergegangen, den Rückfall als Strafschärfungsgrund völlig zu beseitigen. Dieser Schritt wird damit begründet[18]), daß der Rückfall kein unbedingt verlässiges Zeichen für einen Hang zum Verbrechen sei, daß er vielmehr auch durch ungünstige äußere Verhältnisse verursacht sein könne und in diesem Fall keinen Schluß auf die Persönlichkeit des Täters gestatte. Sei aber der Rückfall tatsächlich ein Kennzeichen für eine besonders starke und tief eingewurzelte, verbrecherische Neigung, so solle man zunächst zur Straferhöhung innerhalb des normalen Strafrahmens greifen bzw. die Strafdrohung für „besonders schwere Fälle" zur Anwendung bringen. Erst wenn dies noch nicht ausreicht, solle § 78 angewendet werden, welcher lautet: „Hat jemand, der schon zweimal wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zum Tode oder zu Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt worden ist, durch ein neues Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen eine Freiheitsstrafe verwirkt und geht aus der neuen Tat in Verbindung mit den früheren Taten hervor, daß er ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, so kann, soweit die neue Tat nicht mit schwererer Strafe bedroht ist, auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren, und wenn die neue Tat ein Verbrechen ist, auf Zuchthaus bis zu 15 Jahren erkannt werden". Die Begründung sagt, daß beim Gewohnheitsverbrechertum die Tat gegenüber dem Täter fast völlig in den Hintergrund tritt. Die früheren Taten sind als entscheidendes Merkmal nur deshalb beibehalten, weil für die Feststellung als für die Rechtssicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher in der Regel die zur Verfügung stehenden Mittel psychologischer Erkenntnis nicht ausreichen. Neben der erhöhten Strafe ist nach § 59 Sicherungsverwahrung zugelassen, um zu verhüten, daß solche unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher nach Strafverbüßung wieder in Freiheit gesetzt werden müssen[19]). Diese Maßnahmen beruhen auf der Erkenntnis, daß gerade den schwersten Formen der Kriminalität gegenüber das bisherige Strafensystem versagt[20]). Die neuesten Entwürfe verzichten daher auf das Institut der Rück-

---

[17]) vgl. §§ 274 II, 404 E. 19.
[18]) Begründung zu § 78 E. 27.
[19]) vgl. auch § 100 E. 19, Freudenthal bei Aschrott-Kohlrausch 168 ff., Bumke in DJZ. XXX, Heft 1, Sp. 25.
[20]) So bes. Mezger Rede 21.

fallschärfung und erheben statt der Rückfälligkeit die Gefährlichkeit eines Menschen zum straferhöhenden persönlichen Verhältnis, welches individuelle Berücksichtigung verlangt. Hinzutreten muß für die Anwendbarkeit des § 78 E. 27 das Moment der Gewohnheitsmäßigkeit, welches im Gegensatz zum geltenden Recht für sich allein als Straferhöhungsgrund beseitigt ist.

10. Gewerbsmäßigkeit: Die Gewerbsmäßigkeit ist nach unserer obigen Terminologie ein persönliches Verhältnis zur Tat, sie kennzeichnet nach Liepmann[21]) den typischen, professionellen Verbrecher. Die Gewerbsmäßigkeit erfordert die Absicht des Handelnden, sich eine dauernde Einkommensquelle zu verschaffen[22]). Nicht die begangene Straftat hat eine größere strafrechtliche Schwere erlangt, sondern nur der Täter unterliegt wegen der Gefährlichkeit seines verbrecherischen Charakters einer schärferen Beurteilung[23]). Der Grund für die Strafschärfung gegen den gewerbsmäßigen Verbrecher liegt keineswegs notwendig in einer erhöhten Schuld, haben wir es doch gerade bei der Mehrzahl der hier in Betracht kommenden Individuen mit Menschen zu tun, deren geistige Ausrüstung von Haus aus als eine ärmliche und unglückliche, deren Fähigkeit zu geregelter Arbeit und deren Widerstandskraft gegen die Versuchungen zum Verbrechen als eine geringe und im Laufe eines verfehlten Lebens sich stetig mindernde erscheint. Der Hauptgrund für die strengere Strafbarkeit des gewerbsmäßigen Verbrechers ist vielmehr in seiner großen Gefährlichkeit für die Gesellschaft zu suchen. Ganz im Sinne seiner Motivenlehre ist die Auffassung Krugs[24]): „. . . was dem ersten Fehltritt, dem nur einmal begangenen Delikt eine mildere Beurteilung sichert, ist zweifellos die Möglichkeit des entschuldbaren Motivs, wie sie in Unerfahrenheit, Leichtsinn . . . gegeben sein kann. Liegt ein solches Motiv vor, so folgt der Tat die Einsicht und Reue, die den Täter vor erneuter Begehung abschreckt; ist dies nicht der Fall, so zeigt sich, daß solche Beweggründe den Täter nicht bestimmen, daß sein Motiv ein verwerfliches ist". Diese Gedankengänge gelten auch für Rückfall und Gewohnheitsmäßigkeit, in der Gewerbsmäßigkeit ist aber außerdem noch das Motiv schimpflichen Eigennutzes enthalten. So nimmt es nicht wunder, daß die Entwürfe die dem RStGB. bekannten Fälle der Gewerbsmäßigkeit um ein Erhebliches vermehrt haben. Die Zwischenentwürfe haben vielfach generelle Straferhöhung für gewerbsmäßige Verbrecher vorgesehen, so z. B. § 89 VE., der neueste Entwurf dagegen ist mit

[21]) a.a.O. 27.

[22]) Borchert 37, Krug 50, Liszt 233, Olshausen § 50 Nr. 4, § 260 Nr. 2, Oppenhoff § 50 Nr. 5, Rüdorff-Stenglein § 50 Nr. 2, RG. St. 4, 185; 23, 378; 25, 267.

[23]) Bernhardt 19.

[24]) a.a.O. 50.

bedeutenden Erweiterungen zum spezialisierenden System des RStGB. zurückgekehrt; er kennt die Gewerbsmäßigkeit als straferhöhenden Umstand namentlich bei folgenden Delikten: einfacher, schwerer und Einbruchsdiebstahl (§ 331 E. 27), Betrug (§ 344 E. 27), Hehlerei (§§ 260 RStGB., 351 E. 27), Geld- oder Kreditwucher (§§ 302 d RStGB., 340 III E. 27), Geldverringerung (§ 216 IV E. 27), Anfertigung von Prüfungsleistungen oder Ablegung von Prüfungen für andere (§ 147 III E. 27), unberechtigtes Jagen (§§ 294 RStGB., 361 II E. 27), unberechtigtes Fischen (§ 362 II E. 27), Unzucht zwischen Männern (§ 297 I Nr. 3 E. 27), Zuführung einer noch nicht Achtzehnjährigen zur Unzucht oder Erleichterung dieser Zuführung (§ 308 I E. 27), Abtreibung oder Verschaffung von Abtreibungsmitteln (§§ 218 IV RStGB., 253 IV E. 27).

Der persönliche Charakter der Gewerbsmäßigkeit wird heute von der herrschenden Lehre anerkannt[25]). Daß es für das geltende wie für das künftige Recht der Wille des Gesetzgebers ist, die Gewerbsmäßigkeit in den Bereich des § 50 und seiner Nachfolger einzubeziehen, geht aus den Begründungen der einzelnen Entwürfe hervor, hat man doch den umfassenderen Ausdruck „Besondere Eigenschaften und Verhältnisse" nur gewählt, um die Einbeziehung der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit sowie des Rückfalls sicher zu stellen (vgl. oben § 8 am Anfang).

11. Berufs- oder Lebensstellung: Dem RStGB. (§ 232) folgend, beseitigt E. 27 (§ 269 I) das Antragserfordernis für leichte oder fahrlässige Körperverletzung dann, wenn die Tat in Verletzung einer Berufs- oder Gewerbspflicht begangen wurde. Da der Wegfall des Antragserfordernisses eine Schlechterstellung des Täters bedeutet, kann man cum grano salis die Berufs- oder Lebensstellung als ein straferhöhendes persönliches Verhältnis bezeichnen. Eine tatsächliche Straferhöhung, nicht bloß eine Benachteiligung in den Prozeßvoraussetzungen, kennt das RStGB. in den §§ 222 II und 230 II für fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung unter Außerachtlassung einer Berufs- oder Gewerbssorgfalt. Die weiten Strafrahmen des E. 27 und die Einrichtung der „besonders schweren Fälle" machen diese Paragraphen für das künftige Recht entbehrlich. Ein bemerkenswerter Vorschlag des E. Mü. geht auf Einfügung einer Vorschrift, wonach jemand, der unter grober Verletzung der durch Beruf oder Gewerbe begründeten Pflichten eine Straftat begangen hat, neben einer mindestens dreimonatigen Freiheitsstrafe für unfähig zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren erklärt werden kann. Dieser Vorschlag hat

[25]) Büll 19 f., Finger 363, Frank im Wege der Analogie 82 A II, Krug 50, Liszt 233, Olshausen § 50 Nr. 4 I f., Oppenhoff § 50 No. 5, Rüdorff-Stenglein § 50 Nr. 2, RG. St. 25, 266; 26, 3.

mit Recht in den Entwürfen keine Annahme gefunden, denn die Untersagung der Berufsausübung auf ein oder gar mehrere Jahre würde meist einer völligen Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Betroffenen gleichkommen und ihn samt seiner Familie nicht nur zu einer Last der öffentlichen Fürsorge, sondern auch zu einem dauernden Feind der Rechtsordnung machen.

12. Trunksüchtigkeit und Rauschgiftgewohnheit: Diese Eigenschaften ermöglichen nach § 57 E. 27 die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt, wenn der Täter wegen einer im Rausch begangenen Tat zu Strafe verurteilt wird und seine Unterbringung erforderlich ist, um ihn an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen. Die Unterbringung ist nur gegen Personen zulässig, die gewohnheitsmäßig im Übermaß geistige Getränke oder andere berauschende Mittel zu sich nehmen, die also in dieser Hinsicht an einem krankhaften Hange leiden. Es muß sich also um die ganze Persönlichkeit charakterisierende Entartungszustände handeln und in solchen Fällen kann man stets von „persönlichen Eigenschaften" sprechen. Während nach § 44 AE. das Gericht die Befugnis erhielt, Trunksüchtige, die in der Trunkenheit gegen das Strafgesetz verstoßen, einer Trinkerheilanstalt zu „überweisen", kann nach dem E. 27 das Gericht die Unterbringung nur „für zulässig erklären", eine bedauernswerte Einschränkung. Die Schutzaufsicht ist als selbständige Maßnahme beseitigt und kommt nur noch bei bedingter Aussetzung der für zulässig erklärten Unterbringung in Betracht (§ 61 E. 27). Nach der Begründung wird die Unterbringung von vornherein für zulässig erklärt, ihr Vollzug aber bedingt ausgesetzt und erst dann nachgeholt, wenn die Schutzaufsicht sich als ungenügend erweist. Da die Unterbringung wie die Schutzaufsicht regelmäßig als Strafe empfunden werden, kann man von einem straferhöhenden Tatumstand persönlicher Natur sprechen.

Das RStGB. kennt, abgesehen von der bereits oben unter Ziffer 9 besprochenen Rückfälligkeit, noch folgende straferhöhenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse: Elternverhältnis (§ 221 II: Aussetzung), Verwandtschaft absteigender Linie (§ 215: Aszendententotschlag; § 223 II: Leichte Körperverletzung gegen Verwandte aufsteigender Linie), Ehemannverhältnis (§ 181a II: Zuhälterei durch den Ehemann der Dirne), Vertrauensstellung (§ 108 I: Wahlfälschung durch mit Wahlhandlungen betraute Personen; § 246: Unterschlagung einer anvertrauten Sache), Verhältnis des Stifters oder Vorstehers einer Verbindung (§§ 128/9: geheime oder staatsfeindliche Verbindung), Gewohnheitsmäßigkeit (§ 260: Hehlerei; § 302d: Geld- oder Kreditwucher). Diese persönlichen Strafschärfungsgründe finden sich im künftigen Strafgesetzbuch nicht mehr, der Sache nach aber sind sie nur als benannte

Schärfungsgründe beseitigt, während sie als unbenannte in den erhöhten Strafrahmen der „besonders schweren Fälle“[26]) sowie als allgemeine Strafbemessungsgründe innerhalb der sehr weiten Normalstrafrahmen[27]) auch fernerhin Berücksichtigung finden können.

§ 15.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit vermindern.

Ein allgemeiner, herabgesetzter Strafrahmen für alle vorkommenden Milderungsgründe findet sich in § 73 E. 27. Eine Gruppe innerhalb der Tatumstände, welche eine Milderung der ordentlichen Strafe vorschreiben oder zulassen, bilden die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, von denen folgende zu nennen sind:

1. Jugendlichkeit: Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 bestimmt in § 9, daß für Straftaten Jugendlicher ein im Näheren bestimmter, herabgesetzter Strafrahmen anzuwenden ist, falls eine Strafbarkeit wegen Vorhandensein des nötigen Unterscheidungs- oder Hemmungsvermögens überhaupt in Betracht kommt (§ 3 JGG.). E. 27 begnügt sich in § 15 II mit einer Verweisung auf das Jugendgerichtsgesetz und gibt damit zu erkennen, daß an den Bestimmungen dieses geltenden Gesetzes bezüglich der Strafbarkeit Jugendlicher nichts zu bemängeln ist. Eine Einarbeitung der strafrechtlichen Bestimmungen des JGG. in den Entwurf verbietet sich, wie die Begründung zutreffend sagt, schon deshalb, weil das JGG. neben den strafrechtlichen Vorschriften auch verfahrensrechtliche Bestimmungen enthält und eine Trennung der beiden Gruppen das Verständnis und die praktische Anwendbarkeit des einen oder anderen Teiles der Vorschriften erschweren würde.

Wir haben bereits oben (§ 3 am Ende) zu dem Streit der Meinungen Stellung genommen, ob die Jugendlichkeit als „höchstpersönliche Eigenschaft“ aus dem Geltungsbereich des § 50 RStGB. und seiner Nachfolger auszuscheiden ist oder nicht[1]). Wir mußten uns der letzteren Meinung anschließen, die als die herrschende bezeichnet werden kann.

---

[26]) Begriff: § 77 E. 27, ferner 50 Anwendungsfälle.
[27]) § 69 E. 27.

[1]) Für ersteres: Berner 171, Binding 174, Motive zum RStGB. S. 66, Olshausen 250 Z. 3, Schütze 147 Nr. 1.

Für letzteres: Beling: Lehre vom Verbrechen 432, Dörr in Seuff. Bl. 73, 348, Finger 363, Frank zu § 50, Köhler 494, Oppenhoff § 50 Nr. 5, Rüdorff-Stenglein § 50 Nr. 2, Stoll 47, RG. St. 2, 261; 4, 184; 23, 378, 54, 275; 25, 266; 26, 3.

2. Minderjährigkeit: § 58 III E. 27 bestimmt: „Ein Minderjähriger, dessen Unterbringung in einem Arbeitshaus für zulässig erklärt worden ist, ist in der Regel statt in einem Arbeitshaus in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen; er kann darin auch nach Eintritt der Volljährigkeit belassen werden". In Betracht kommen hier, da die Unterbringung von Jugendlichen in einem Arbeitshaus wie schon bisher nach § 9 V JGG. unzulässig bleiben soll, nur Minderjährige im Alter von 18 bis 21 Jahren. Die Vorschrift des § 58 III E. 27 geht von dem Gedanken aus, daß ein Minderjähriger in erster Linie gebessert und erzogen werden muß, wofür das Arbeitshaus meist nicht geeignet ist. Daß die Erziehungsanstalt nur in der Regel an die Stelle des Arbeitshauses tritt, erklärt sich damit, daß ein vollkommen verwahrloster Minderjähriger, der kurz vor der Vollendung des 21. Lebensjahres steht, sogleich einem Arbeitshaus soll überwiesen werden können, wenn eine Besserung erzielt und die Insassen einer Erziehungsanstalt nicht durch derartige Elemente gefährdet werden sollen. Da die Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt einen milderen Charakter aufweist als die Unterbringung im Arbeitshaus und da ferner die Unterbringung stets als eine Strafe empfunden wird, kann man — richtig verstanden — die Minderjährigkeit als eine strafmildernde persönliche Eigenschaft bezeichnen.

3. Verminderte Zurechnungsfähigkeit: Diese persönliche Eigenschaft ist als besonderer Strafmilderungsgrund dem geltenden Rechte nicht bekannt. Dagegen bestimmt schon der VE. in § 63, daß bei hochgradiger Verminderung der Zurechnungsfähigkeit hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) anzuwenden seien[2]). Analoge Bestimmungen finden sich im E. 19 (§§ 18 II, 19 II, 111). E. Mü.[3]) will die Strafmilderung noch weiter ausgedehnt wissen, da der vermindert Zurechnungsfähige für sein Tun nicht einmal in dem Maße verantwortlich gemacht werden könne, wie der voll Zurechnungsfähige, dessen Tun aus äußeren, von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht zum Erfolge führt. Dessen ungeachtet lassen AE. und E. 27 im Falle der verminderten Zurechnungsfähigkeit wieder die Versuchsstrafe eintreten. §§ 13 II, 14 II E. 27 begnügen sich damit, bei verminderter Zurechnungsfähigkeit die Strafmilderung, statt sie zwingend vorzuschreiben, in das Ermessen des Gerichtes zu stellen. Der Richter hat von der gesetzlichen Ermächtigung zur Strafmilderung nur dann Gebrauch zu machen, wenn die Umstände des Falles auf eine geringere Stärke und Festigkeit des verbrecherischen Willens schließen lassen, sodaß zu erwarten steht, daß auch eine minder hohe Strafe ihren Zweck nicht verfehlen wird.

[2]) vgl. Birkmeyer: Beiträge zur Kritik des VE., 60 ff.
[3]) Bemerkung zu § 18 II.

Gleich seinen Vorgängern huldigt E. 27 der sogenannten biologisch-psychologischen Methode, dem System der Aufzählung jener Umstände, durch welche die Zurechnungsfähigkeit beeinflußt wird (Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Bewußtseinsstörung, Taubstummheit). Die allerdings zuzugebende Möglichkeit, daß mit der casuistischen Anführung der krankhaften Bewußtseinszustände die Gefahr der Unvollständigkeit verknüpft ist, vermag uns im Gegensatz zu den Vorschlägen Wachenfelds und Gerlands nicht von der Ansicht abzubringen, daß die Praxis einer solchen Aufzählung der für die Annahme verminderter Zurechnungsfähigkeit erforderlichen biologischen Zustände bedarf. Ganz in unserem Sinne sagt Alsberg[4]): „Die Praxis kann sich ohne solche Anleitung ebenso zu einer unzuträglichen Erweiterung wie Einschränkung der Unzurechnungsfähigkeit entwickeln; selbst auf die Gefahr hin, daß alle Jahrhunderte einmal sich ereignende Ausnahmefälle wie der eines Kaspar Hauser nicht richtig beurteilt werden sollten, muß ein solches Experiment unterlassen werden". In gleicher Weise müssen wir Kohlrausch beipflichten, wenn er die Ersetzung der Worte „das Ungesetzliche" durch „das Unerlaubte" mißbilligt, da die Straftat immer nur objektiv als Verstoß gegen die Rechtsordnung, nicht als solcher gegen das Sittengesetz interessiert.

4. Seelischer Erregungszustand der Gebärenden: Schon das RStGB. anerkennt in § 217 im Gegensatz zu den gemeinen Tötungsdelikten die geringere Strafwürdigkeit der Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet. Diese Strafmilderung hat ihre Berechtigung in der psychischen und nervösen Gesamtdisposition der Gebärenden, in den besonderen, allgemein wirksamen Einflüssen des Geburtsaktes auf die Psyche[5]) und besonders auch in der regelmäßigen wirtschaftlichen und sozialen Bedrängnis der Mutter. Bei Redslob[6]) findet sich entsprechend seiner eigenartigen Motivenlehre wieder die Auffassung, die geringere Strafwürdigkeit liege in der besonderen Schwäche des verbrecherischen Motivs: infolge der Erschöpfung und Aufregung des Geburtsaktes seien die seelischen Kräfte derart gestört, daß die Gegenvorstellungen nicht ihre normale Wirksamkeit entfalten können, daß daher ein Motiv das Verbrechen auslösen kann, welches nicht stark genug wäre, unter normalen Verhältnissen den Widerstand der Gegenvorstellungen zu überwinden. Zutreffend bemerkt Radbruch[7]), der Erregungszustand der Gebärenden sei eine so hochgradige Verminderung der Zurechnungsfähigkeit, daß man hier die allge-

[4]) Bei Aschrott-Kohlrausch 69.
[5]) So die Justizkommission des deutschen Vereins für Psychiatrie in den Bemerkungen zum VE.
[6]) a.a.O. 67 ff.
[7]) Bei Aschrott-Kohlrausch 307.

mein für vermindert Zurechnungsfähige geltende Strafmilderung nicht als ausreichend erachten könne. Aus all dem ergibt sich, daß der Erregungszustand der Gebärenden eine, wenn auch nur vorübergehende, persönliche Eigenschaft ist. Während diese Eigenschaft im Reichsstrafgesetzbuch und in den älteren Entwürfen nur bei der unehelichen Mutter als Strafmilderungsgrund Beachtung findet, soll nach AE. und E. 27 die verheiratete Täterin der Kindstötung die gleiche Milde genießen als die unverheiratete (§§ 225 AE., 252 E. 27), leidet doch auch die eheliche Mutter unter den gleichen Einflüssen des Geburtsaktes auf die Psyche, befindet doch auch sie sich nicht selten in einer großen wirtschaftlichen Not. Aus diesen Gründen mag eine Gleichstellung der ehelichen mit der unehelichen Kinds-„mörderin" billigenswert erscheinen. Immerhin aber kommt bei der unehelichen Mutter noch die Tatsache hinzu, daß bei ihr die Geschlechtsehre auf dem Spiele steht, die sie durch eine heimliche Kindstötung in den Augen der Umwelt zu retten sucht. Dieses letztere Moment braucht trotz der gesetzlichen Gleichbehandlung der ehelichen und der unehelichen Kinds-„mörderin" nicht unbeachtet bleiben, sondern kann bei der Strafzumessung innerhalb des normalen Strafrahmens hinreichende Berücksichtigung finden.

5. Angehörigenverhältnis: Angehörige sind nach § 10 E. 27 Verwandte und Verschwägerte gerader Linie, Adoptiv- und Pflegeeltern, Adoptiv- und Pflegekinder, Ehegatten, Geschwister, Ehegatten der Geschwister, Geschwister der Ehegatten und Verlobte. Dieses persönliche Verhältnis zwischen dem Missetäter und dem Verletzten begründet im Anschluß an das RStGB. (§§ 247 I, 263 IV, 292 II) auch im E. 27 (§§ 335 I, 349 I, 363) ein Antragserfordernis für Haus- oder Familiendiebstahl oder -Unterschlagung, für Betrug und unberechtigtes Jagen; darüber hinausgehend nach E. 27 (§§ 349 I, 335 I, 363) für Untreue, unberechtigte Aneignung und unberechtigtes Fischen. Da das Bestehen des Antragserfordernisses in gewissem Sinne eine Besserstellung bedeutet, kann man — richtig verstanden — die Angehörigenqualität als ein strafmilderndes persönliches Verhältnis bezeichnen. Über die individuelle Anrechnung herrscht Übereinstimmung.

6. Verhältnis als Mündel, Pflegling, Lehrling, Zögling oder Hausgenosse: Dieses persönliche Verhältnis begründet ein Antragserfordernis nach gegenwärtigem und künftigem Recht für Haus- oder Familiendiebstahl oder -Unterschlagung sowie für Betrug (§§ 247 I, 263 IV RStGB., 335 I, 349 I E. 27), nach künftigem Recht auch für unberechtigte Aneignung und Untreue (§§ 335 I, 349 I E. 27).

Im Übrigen gilt das unter Ziffer 5 Gesagte.

7. Tätige Reue: Sie ist ein persönliches Verhältnis zur vorausgegangenen Straftat, bestehend in der rechtzeitigen und freiwilligen Abwendung des durch die Straftat in drohende

Nähe gerückten, aber noch nicht eingetretenen Schadens. Eigenartig ist wieder die Auffassung von Redslob[8]). Nach ihm läßt sich die Reuehandlung psychologisch nur in der Weise erklären, daß die deliktische Tat nicht völlig dem Charakter des Handelnden entsprach, daß er sie in einem Augenblick verübte, wo seine seelischen Kräfte nicht in vollkommenem Gleichgewichte waren und wo daher die Gegenvorstellungen nicht ihre normale Wirksamkeit äußerten. Es genügte im Zeitpunkt der Tat ein besonders schwaches Motiv, um bei einem gegebenen psychologischen Zustand das Verbrechen auszulösen, das bei später unbehindertem Auftreten der Gegenmotive dem Willen des Täters nicht mehr entsprach.

Nach § 190 E. 27 werden, dem Vorbild des § 158 RStGB. folgend, Meineid und falsche Versicherung an Eides statt dann geringer strafbar, wenn der Täter vor Entdeckung seines Deliktes und vor Entstehung eines Rechtsnachteils für einen Dritten seine falsche Aussage bei der Behörde widerruft. Darüber hinaus kennt E. 27 die tätige Reue auch für die falsche uneidliche Aussage (§ 190) sowie für gemeingefährliche Delikte und Störung des öffentlichen Verkehrs (§ 237). Die individuelle Anrechnung dieses persönlichen Verhältnisses zur begangenen Tat wird von der herrschenden Lehre[9]) anerkannt.

Ein Bedenken Kadecka's[10]) verdient Erwähnung: Ihm erscheint es fraglich, ob es bei den Eidesdelikten zur Erreichung des mit diesen Bestimmungen angestrebten Zweckes genügt, dem Reuigen nur Strafmilderung nach freiem Ermessen des Gerichtes in Aussicht zu stellen, oder ob es nicht zweckmäßiger wäre, ihm volle Straffreiheit zu gewähren. Die Hoffnung, daß der geleistete Meineid etc. nicht entdeckt werde, wird in den meisten Fällen so stark sein, daß sie den Täter vor einem Widerruf zurückhält, der ihn der sicheren, wenn auch verminderten Strafe ausliefert. Die Gewährung voller Straffreiheit im Falle des Widerrufs würde dem Grundgedanken dieser Bestimmung besser Geltung verschaffen. Insofern bedeutet E. 27 einen Rückschritt gegenüber § 163 II RStGB., der wenigstens bei Widerruf des fahrlässigen Falscheides Straflosigkeit vorsieht[11]).

8. Die ganze Persönlichkeit: Nach § 41 E. 27 kann unter gewissen Voraussetzungen dem Verurteilten bedingter Straferlaß gewährt werden, wenn seine Persönlichkeit die Erwartung begründet, daß er künftig ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen werde[12]). Da einerseits die Per-

[8]) a.a.O. 72.

[9]) z. B. Bernhardt 28, Binding 140, Büll 18, Krug 48, Olshausen § 50 Nr. 4, Oppenhoff § 50 Nr. 5, Redslob 72, Rüdorff-Stenglein § 50 Nr. 2, RG. St. 4, 378; 9, 141; 22, 106.

[10]) Bei Aschrott-Kohlrausch 281.

[11]) vgl. Begründung zu § 190 E. 27.

[12]) Jetzt enthalten in Min.Bek. vom 31. 12. 1927, JMBl. 1927 IX.

sönlichkeit eine Vielheit persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse in sich schließt und da andererseits der bedingte Straferlaß trotz vorläufigen Bestehenbleibens der Strafe als eine bedeutende Milderung empfunden wird, erscheint es uns nicht ungereimt, dieses Moment in diesem Zusammenhange zu erwähnen.

Das RStGB. kennt außerdem noch die strafmildernden persönlichen Verhältnisse des § 157 sowie des § 88 III. Ferner können strafmildernde persönliche Eigenschaften und Verhältnisse figurieren unter den „mildernden Umständen". Im künftigen Strafrecht können persönliche Eigenschaften und Verhältnisse verschiedenster Art als unbenannte Strafmilderungsgründe Berücksichtigung finden innerhalb des normalen Strafrahmens (§ 69)[13]), bei den „mildernden Umständen" (§ 74) und in dem „besonders leichten Fall" des § 364 II Satz 1.

§ 16.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit ausschließen.

Wir haben bereits oben (§ 6) darauf hingewiesen, daß im künftigen Strafrecht nicht nur die Strafausschließungsgründe im engeren Sinne und die Strafaufhebungsgründe, sondern auch die Schuldausschließungsgründe eine individuelle Anrechnung erfahren, während die Unrechtausschließungsgründe vermöge ihres Einflusses auf die Straftat als solche auch in Zukunft sämtlichen Beteiligten zugute kommen. Von den Strafausschließungsgründen im weiteren Sinne sind namentlich folgende persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse zu nennen:

1. Kindesalter: Das gegenwärtige Recht bestimmt in § 2 JGG., daß derjenige „nicht strafbar ist", der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ehe er 14 Jahre alt geworden ist. Vor dem JGG. von 1923 war das 12. Lebensjahr die Grenze der völligen Strafunmündigkeit (§ 55 RStGB.); aber schon der VE. (§ 68) sprach sich für die Hinaufsetzung der Strafunmündigkeitsgrenze bis zum vollendeten 14. Lebensjahre aus, ein Vorschlag, der damals bei zahlreichen Theoretikern[1]) ernstliche Bedenken auslöste, dessen Verwirklichung durch das JGG. aber heute so ziemlich allgemeine Billigung gefunden hat. Auch alle Entwürfe zum neuen deutschen Strafgesetzbuch halten an dem vollendeten 14. Lebensjahr als Strafmündigkeitsalter fest. E. 27 spricht in § 15 I aus, daß die in § 9 Nr. 1 als

[13]) Wie die Begründung zu § 69 sagt, sind die dort einzeln angeführten Strafbemessungsgründe vornehmlich Erkenntnisquellen zur Erkundung der Persönlichkeit. Vgl. auch Gleispach bei Aschrott-Kohlrausch 201.

[1]) z. B. Birkmeyer: Beiträge zur Kritik des VE., 57; Köhler: Studien zum VE., 14.

„Kinder" bezeichneten Personen unter 14 Jahren als unzurechnungsfähig zu gelten hätten mit der Folge, daß nach § 12 Straflosigkeit eintritt. Damit ist das Kindesalter als ein Schuldausschließungsgrund charakterisiert, eine Stellungnahme, die in Zusammenhalt mit der Fiktion des § 15 I als völlig unbefriedigend bezeichnet werden muß. Unbefriedigend nicht deshalb, weil sich aus dieser Auffassung etwa praktische Schwierigkeiten ergeben könnten — die limitiert-accessorische Teilnahmeform des E. 27 sichert auch für Schuldausschliessungsgründe die individuelle Anrechnung und insofern verliert das Problem für das künftige Strafrecht an praktischer Bedeutung — sondern unbefriedigend aus rein theoretischen Gründen. Der Streit über die Rechtsnatur dieses Strafausschließungsgrundes im weiteren Sinne ist nicht mehr neu, in seiner Art aber liegt es, daß er stets aktuell bleiben wird. Die einen[2]) sind der Meinung, daß das Kindesalter als Strafausschließungsgrund das Moment der gesetzlich präsumierten Unzurechnungsfähigkeit des Kindes in sich schließe, andere[3]) dagegen halten das Kindesalter lediglich für einen Strafausschließungsgrund im engeren Sinne. E. 27 läßt keinen Zweifel zu, daß er sich — in klarem Gegensatz zu JGG. und VE. — der ersteren Meinung anschließt. Diesen Standpunkt können wir nicht billigen. Die zweifelhafte Formulierung: „Als nicht zurechnungsfähig gilt das Kind" verrät uns, daß die Schöpfer des E. 27 von der Richtigkeit ihrer Ansicht selbst nicht recht überzeugt waren, als sie für das Kindesalter die Zurechnungsfähigkeit, und sei es auch nur die strafrechtliche, verneinten. Mit Recht sagt Hofacker[4]): „Wenn wir Kinder bis zum 14. Lebensjahr nicht bestrafen wollen, so werden wir hierbei von Gefühlen der Nachsicht, nicht aber von wissenschaftlichen Erwägungen, daß sie nicht schuldhaft handeln, geleitet. Der Gedanke, daß Menschen bis zum 14. Lebensjahre in strafrechtlichen Dingen nie schuldhaft handeln können, entfernt sich von aller Wirklichkeit . . . Die richtige Lösung wird . . . weder davon ausgehen, daß das Kind immer schuldhaft handle, noch davon, daß es nie schuldhaft handle, sondern eben dem einfachen Gedanken Ausdruck geben, daß Kinder zur strafrechtlichen Verantwortung nicht gezogen werden . . . Der Satz „Nicht strafbar sind Kinder" würde diesen Erwägungen Ausdruck geben, er würde unter die vordersten Sätze des Strafgesetzbuches gehören und von dem Kapitel über Schuld sich vollständig loslösen". Das Gesetz sollte, wie jetzt der Fall ist, den Mut finden, auszusprechen, daß Kinder — unabhängig von ihrer Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit — strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden.

---

[2]) z. B. Birkmeyer, Finger, Frank, Kohler, Liszt.
[3]) z. B. Bernhardt, Fuchs, Olshausen, Oppenhoff, Rubo, Rüdorff-Stenglein, Schütze.
[4]) a.a.O. 17, 19.

Nichtsdestoweniger mag es gestattet sein, der Zurechnungsfähigkeit des Kindes ein Wort zu widmen. Tosetti[5]) versteigt sich bezüglich dieses Punktes zu einer Gleichstellung des Kindes mit einem Geisteskranken. Während der Geisteskranke in der Tat völlig unzurechnungsfähig und sein Tun etwa einem Naturereignis gleichzuachten ist, besitzt das geistig gesunde Kind stets einen gewissen Grad von Zurechnungsfähigkeit. Es wäre widersinnig, ein und denselben jungen Menschen mit 13 Jahren und 11 Monaten als unzurechnungsfähig, mit 14 Jahren aber als zurechnungsfähig anzusehen. Unter allen Umständen steht fest, daß zahllose Kinder unter 14 Jahren ein Delikt, besonders gewisse Delikte, in concreto voll zurechnungsfähig begehen[6]). Allerdings arbeitet E. 27 nur mit einer Fiktion der Unzurechnungsfähigkeit, doch ist auch dieser Umweg zu mißbilligen, da richtiger Ansicht nach das Kindesalter ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld die Strafbarkeit des Täters oder Teilnehmers beseitigen soll. Auch die Rechtsprechung hat sich in zahlreichen Erkenntnissen der hier vertretenen Ansicht angeschlossen, daß im gegenwärtigen Rechte das Kindesalter ein rein persönlich wirkender Strafausschließungsgrund ist, der die Frage der Zurechenbarkeit unberührt läßt[7]). Diese Erkenntnis sollte auch im künftigen Strafrecht Verwertung finden und in diesem Punkte zu einer Aenderung des E. 27 führen.

2. Jugendlichkeit: § 15 II E. 27 begnügt sich mit einer Verweisung auf das Jugendgerichtsgesetz, welches in § 3 bei mangelndem Unterscheidungs- oder Hemmungsvermögen Straflosigkeit, in § 6 aber auch für den voll verantwortlichen Jugendlichen ein Absehen von Strafe vorschreibt, falls Erziehungsmaßregeln ausreichend sind. Dieses Bestreben, Jugendliche möglichst mit krimineller Strafe zu verschonen, hat trotz beachtlicher Warnungen[8]) in sämtlichen Entwürfen eine Heimstätte gefunden. Während wir beim Kindesalter die Hereinbeziehung des Unzurechnungsfähigkeitsmomentes als einen den wahren Hintergrund der Straffreiheit verdunkelnden Umweg bezeichnen mußten, kann man gegenüber Jugendlichen mit Rücksicht auf ihre Jugendlichkeit als solche wohl zur Strafmilderung gelangen (§ 9 JGG.), zur Straffreiheit jedoch nur dann, wenn man im konkreten Falle die Unzurechnungsfähigkeit feststellt. Daß der Strafausschließungsgrund des jugendlichen Alters auf die Handlung selbst ohne Einfluß bleibt und damit die rein individuelle Zurechnung notwendig wird, kann wohl nicht mehr mit Ernst bestritten werden.

---

[5]) a.a.O. 57.

[6]) Schmidt a.a.O. 125.

[7]) RG. St. 6, 186; 14, 102; 18, 298; 19, 192; 50, 199; 53, 86.

[8]) vgl. Birkmeyer: Beiträge zur Kritik des VE., 56, Köhler: Studien zum VE., 64 ff.

Im Anschluß an § 173 IV RStGB. enthält § 290 III E. 27 einen Spezialfall der Straflosigkeit wegen jugendlichen Alters. Diese Bestimmung sagt, daß Verwandte oder Verschwägerte absteigender Linie sowie Geschwister dann für Blutschande nicht zu bestrafen sind, wenn sie zur Zeit der Tat jugendlich waren. Diese Vorschrift gilt nach den Worten der Begründung neben § 3 JGG., sodaß sich das Folgende ergibt: Der Jugendliche muß nach § 3 JGG. das nötige Unterscheidungs- und Hemmungsvermögen besitzen, wenn er überhaupt soll bestraft werden können; aber selbst wenn er diese Qualitäten aufweist, ist er nach § 290 III für Blutschande straflos zu lassen, wenn er zu ihr verführt worden ist. Das Moment der Verführung wurde in die Bestimmung aufgenommen in der Erwägung, daß namentlich unter Geschwistern der Jugendliche selbst der Verführer sein und daher als schuldig und strafwürdig erscheinen kann.

3. Unzurechnungsfähigkeit: Bei Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Bewußtseinsstörung und Taubstummheit verneint E. 27 nach dem Beispiel des geltenden Rechtes (§ 51 RStGB.) und der früheren Entwürfe (z. B. § 63 VE., §§ 10, 18 Abs. I E. 19) die Zurechnungsfähigkeit und infolge davon die Strafbarkeit (§§ 13 Abs. I, 14 Abs. I, 12 E. 27). Durch die Fassung: „das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln" sollte klar gestellt werden, daß es für die Annahme der Unzurechnungsfähigkeit genügt, wenn der betreffende Zustand entweder den Verstand oder den Willen entscheidend beeinträchtigt.

Da es sich bei den Unzurechnungsfähigen um einen Typ des gefährlichen Verbrechertums handelt, erklärt nach § 57 E. 27 das freisprechende Gericht die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt für zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Mit Recht begrüßt Bumke[9]) für den AE. die damit gegebene Beseitigung des Zustandes, daß das Strafgericht den wegen Geisteskrankheit Freigesprochenen freigeben muß, mit Recht aber auch bedauert es Ebermayer[10]), daß nach E. 27 das Gericht eine solche Unterbringung nur „für zulässig erklärt", statt sie, wie nach dem AE., „anzuordnen". Es sollte ja gerade die Entscheidung darüber, ob solche freigesprochene, oft sehr gemeingefährliche Geisteskranke verwahrt werden sollen, dem Ermessen der Verwaltungsbehörde entzogen und in die Hand des Gerichtes gelegt werden.

Bezüglich der Taubstummen übernimmt E. 27 nach dem Vorbild des § 23 KE. und des § 19 I E. 19 die Regelung des geltenden Rechtes, wonach der Taubstumme auch als erwachsene Person nur bedingt zurechnungsfähig ist.

---

[9]) In DJZ. XXX, Heft 1, Sp. 25.
[10]) In DJZ. XXXII, Heft 9, Sp. 628.

4. Verwandtschaft aufsteigender Linie: Das RStGB. läßt gewisse Delikte straflos, wenn sie von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie begangen werden, so Diebstahl und Unterschlagung, Notdiebstahl, Notbetrug, Mundraub und Pfandkehrung (§§ 247 II, 248a III, 264a IV, 370 Z. 5 II, 289 V RStGB.). Im E. 27 ist, wie die Begründung sagt, mit Rücksicht darauf, daß gerade auf dem Gebiete des Diebstahls, der Unterschlagung und der unberechtigten Aneignung gegenüber den nächsten Verwandten sehr schwere Fälle vorkommen können, die Straflosigkeit nur für die Entwendung geringwertiger Gegenstände aus Not aufrecht erhalten worden (§§ 336 V: Notdiebstahl; 345 IV: Notbetrug).

5. Ehegattenverhältnis: Hier gilt das unter Ziffer 4 Gesagte analog. Außerdem bildet die Ehegattenqualität nach dem Entwurf ein auflösend bedingtes Verfolgungshindernis bei Verführung, Entführung minderjähriger unverheirateter Fauenspersonen und Nötigung wirtschaftlich Abhängiger zum Beischlaf (§§ 276 IV, 288 III, 313 IV, 289 III E. 27), welche Regelung im RStGB. nur für die Entführung ein Vorbild hat (§ 238 RStGB.). Der Entwurf stellt die Eheschließung mit einem Teilnehmer der Eheschließung mit dem Täter gleich. Heiratet also der Täter die Entführte, so kann auch gegen Anstifter und Gehilfen, heiratet sie ein Teilnehmer, so kann auch gegen den Täter nicht eingeschritten werden.

6. Angehörigenverhältnis: Dieses persönliche Verhältnis beseitigt nach § 257 II RStGB. die Strafbarkeit der Begünstigung, nach § 199 V E. 27 die Strafbarkeit der unterlassenen Verbrechensanzeige, wenn sich der die Anzeige Unterlassende vergeblich bemüht hat, das Verbrechen zu verhindern. Während nach dem RStGB. die Strafvereitelung zugunsten eines Angehörigen schlechthin straffrei ist, stellt es der Entwurf in diesem Falle (§ 201 III E. 27) dem Gerichte anheim, von Strafe abzusehen oder nicht.

7. Rücktritt vom Versuch: Das RStGB. regelt dieses persönliche Verhältnis zur Tat in § 46, VE. in § 77, E. 19 in § 25, AE. in § 24, E. 27 in § 27. Dabei unterscheiden RStGB., E. 19 und E. 27 ausdrücklich zwischen Rücktritt vom unbeendeten und vom beendeten Versuch. Bei ersterem verkörpert sich der Rücktritt darin, daß der Täter seine noch im Gange befindlichen Ausführungshandlungen aus freiem Willensentschlusse abbricht, beim beendeten Versuch aber kann ein Rücktritt nur dadurch erfolgen, daß der Täter nach Abschluß seiner Tätigkeit den Erfolg durch neues Aktivwerden abwendet. Diese klare Unterscheidung in der Fassung des Gesetzes zwischen Rücktrit vom beendeten und unbeendeten Versuch scheint uns begrüßenswert und wir können der Begründung jener Entwürfe nicht zustimmen, die wegen nur subjektiver

Bestimmbarkeit der Begriffe die Möglichkeit einer brauchbaren Abgrenzung zwischen beiden Arten des Versuches leugnen[11]).

Lebhafter Streit hat sich darüber entwickelt, ob der Rücktritt vom Versuch als Schuldausschließungsgrund oder als Strafausschließungsgrund im engeren Sinne anzusehen ist. Die Vertreter eines Schuldausschließungsgrundes finden für das geltende Recht unzweifelhaft eine Stütze in dem Wortlaut des § 46 RStGB.: „Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn . . .". Im Gegensatz zu dieser Straflosigkeit der Handlung sagt schon E. 19: „. . .wer freiwillig . . ." und die Denkschrift sagt auf Seite 40, daß hierdurch gesetzlich anerkannt wird, daß sich Anstifter und Gehilfen selbst Straffreiheit verdienen können. § 24 AE. formuliert: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer . . ." und nach der Begründung Seite 24 soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß der Rücktritt ein persönlicher Strafausschließungsgrund ist. Diese Fassung ist mit Recht in § 27 E. 27 beibehalten worden und die Begründung enthält die analoge Bemerkung, es sei damit nicht nur zum Ausdruck gebracht, daß der Rücktritt ein persönlicher Strafaufhebungsgrund ist und daß daher z. B. der Rücktritt des Täters seinem Mittäter, Anstifter oder Gehilfen nicht zugute kommt, sondern auch, daß sich jeder an der strafbaren Handlung Beteiligte durch Rücktritt vom Versuch Straflosigkeit erwerben kann. Soll allerdings ein Mittäter wegen Rücktritts vom unbeendeten Versuch straflos werden, so muß er die Ausführung der Tat „verhindern"; auch können Anstifter und Gehilfen die Ausführung der Tat, zu der sie angestiftet oder Hilfe geleistet haben, niemals „aufgeben", aber sie können die begonnene Ausführung noch verhindern und dadurch sich Straflosigkeit erwerben, obwohl der Angestiftete bzw. Unterstützte die Haupttat bereits strafbar versucht hat[12]). Was den Rücktritt vom beendeten Versuch anlangt, so kann er bei allen an einer strafbaren Handlung beteiligten Personen. gleichgültig ob sie Alleintäter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfen sind, nur darin bestehen, daß sie den zur Vollendung gehörigen Erfolg aus freien Stücken abwenden. Auch eine solche Rücktrittshandlung wirkt nur individuell.

Unterbleibt die Straftat oder der Erfolg aus einem von dem Handeln des Zurücktretenden unabhängigen Grunde, so wird das notwendigerweise erfolglose Bemühen, die Tat oder den Erfolg abzuwenden, dem erfolgreichen Rücktritt gleichgeachtet. Ebenso können mehrere an einem Versuch Beteiligte nacheinander und unabhängig voneinander zurücktreten.

---

[11]) So z. B. Begründung zum VE. § 295, vgl. auch Köhler: Studien zum VE., § 6.

[12]) vgl. bes. auch Bauer a.a.O. 92 f.

8. „Rücktritt" vom vollendeten Delikt: War der Rücktritt vom Versuch ein persönliches Verhältnis zu der im Versuchsstadium steckengebliebenen Tat, so handelt es sich hier um ein strafbefreiendes Verhältnis zu dem bereits vollendeten Delikt. Durch diesen „Rücktritt" wird die Teilnahme an einer verbrecherischen Verbindung ihrer Strafbarkeit entkleidet (§ 198 II E. 27) und wird die schon für die Herausforderung oder Annahme der Herausforderung zum Zweikampf verwirkte Strafe hinfällig, wenn die Parteien den Zweikampf vor seinem Beginn freiwillig aufgeben (§§ 204 RStGB., 271 II E. 27). Nach der Begründung soll die strafbefreiende Wirkung des „Rücktritts" sich ohne weiteres auf die Gehilfen der Tat erstrecken, da der „Rücktritt" die Tat als solche, nicht nur den Zurücktretenden, straflos mache. Dieser Meinung können wir uns nicht anschließen, wir halten vielmehr dafür, daß auch diesem persönlichen Verhältnis nur individuelle Wirkung zugeschrieben werden darf, läßt es sich doch in keiner Weise rechtfertigen, daß der „Rücktritt" des einen Beteiligten ohne weiteres auch dem anderen Beteiligten zugute kommen soll, der an einen „Rücktritt" nicht einmal denkt. Kartellträger, Sekundanten etc. sind nach der Auffassung des Entwurfes gleichfalls nur Gehilfen der Tat der Kampfesparteien (vgl. § 209 RStGB.).

9. Tätige Reue: Von tätiger Reue ist nach richtiger Terminologie dann zu sprechen, wenn der durch eine vollendete strafbare Handlung in die Wege geleitete Verbrechensschaden durch eine neue Tätigkeit abgewendet und dadurch Straffreiheit verdient wird. Der Grundgedanke ist leicht ersichtlich: im Interesse der Rechtsordnung muß verhindert werden, daß jemand, der eine strafbare Handlung begangen hat, durch den Gedanken, daß er der Strafbarkeit doch nicht mehr entrinnen könne, veranlaßt wird, den noch abwendbaren Verbrechensschaden eintreten zu lassen. Sehr häufig besteht die tätige Reue darin, daß jemand, der eine zum selbständigen Delikt erhobene Vorbereitungshandlung begangen hat, durch erneute Tätigkeit die Haupttat verhindert, deren nachträgliche Begehung noch geplant ist.

Wegen tätiger Reue werden straflos: Die Mordabrede (durch Anzeige), die Brandstiftung und andere gemeingefährliche Delikte (durch rechtzeitige Abwendung des Erfolges), die Hochverratsabrede (durch Verhinderung des Hochverrats), die unterlassene Verbrechensanzeige (durch Abwendung des Verbrechens, bei Angehörigen durch bloßes Abwendungsbemühen), die Verleitung zu einer falschen eidlichen Aussage (durch Verhinderung der Aussage), die Teilnahme an einer staatsfeindlichen Verbindung oder Feme (durch Anzeige), die Verleitung zu einem Verbrechen oder Annahme des Erbietens dazu (durch Verhinderung des Verbrechens), das Erbieten zu einem Verbrechen (durch Widerruf), die Verbrechensabrede

(durch Aufgabe und Verhinderung)[13]). Die im bisherigen Rechte (§ 163 II RStGB.) normierte Straflosigkeit des fahrlässigen Falscheides bei rechtzeitigem Widerruf ist im E. 27 einer bloßen Strafmilderung gewichen. Wegen der an diese Neuerung sich anschließenden Bedenken vgl. oben § 15 Ziffer 7 am Ende.

Unterbleibt das Verbrechen oder der Erfolg ohne Zutun des Reuigen, so wird Straffreiheit unter den Voraussetzungen des § 27 III E. 27 gewährt.

10. Beruf eines approbierten Arztes: Dieses persönliche Verhältnis bewirkt im künftigen Recht Straflosigkeit für die kunstgemäße, notwendige und genehmigte Unterbrechung der Schwangerschaft sowie für die Tötung eines in der Geburt begriffenen Kindes (§ 254 E. 27). Durch diese Regelung wird nach dem Vorbild des AE. (§ 238) erfreulicherweise mit der Auffassung aufgeräumt, als sei der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung, für die es eines Rechtfertigungsgrundes bedarf[14]). Die Vorschrift des § 263 E. 27 über die Straflosigkeit kunstgemäßer Heilbehandlung gehört nicht in diesen Zusammenhang, da diese Norm auf approbierte Ärzte nicht beschränkt ist.

11. Beruf eines Geistlichen: Dieses persönliche Verhältnis schließt nach § 199 IV E. 27 die Strafbarkeit für die unterlassene Verbrechensanzeige aus. Diese dem § 5 II des Republikschutzgesetzes nachgebildete Vorschrift dient dem Schutze des durch die Seelsorge begründeten Vertrauensverhältnisses.

12. Exterritorialität: Wie § 3 RStGB. für das geltende Recht, so verschafft § 5 I E. 27 für das künftige Strafrecht dem Territorialitätsprinzip Geltung, wonach Ausländer für im Inland begangene Delikte genau so strafbar sind wie die Inländer. Eine scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz findet sich in den §§ 18—21 des Gerichtsverfassungsgesetzes für die sogenannten Exterritorialen. Über die rechtliche Natur dieser Exemtion von der inländischen Gerichtsbarkeit herrscht Streit. Die vorwiegende, namentlich auch von völkerrechtlicher Seite vertretene Ansicht sieht in der Exterritorialität auch eine Befreiung von der Herrschaft der inländischen Strafdrohungen, während die u. E. vorzuziehende Gegenmeinung[15]) die Exterritorialität nicht als einen Strafausschließungsgrund sondern bloß als eine Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit, als ein für die Dauer dieser völkerrechtlichen Stellung wirksames Ruhen der Verfolgung ansieht. Für diese letztere Meinung spricht ohne Zweifel auch der Wortlaut des Gesetzes.

---

[13]) §§ 251 II, 237, 88 III, 199 V und VI, 188 III, 175 IV, 176 IV, 196 III, 250 II, 196 IV, 197 II E. 27; §§ 49b II, 310/1 RStGB.

[14]) So Heimberger, bei Aschrott-Kohlrausch 91, Radbruch daselbst 317, Ebermayer in DJZ. XXXII, Heft 9, Sp. 629.

[15]) z. B. Beling, Bernhardt, Binding, Frank, Liszt, Olshausen, Suckel.

Allerdings führen beide Ansichten in der Praxis zu dem gleichen Ergebnis, daß der Exterritoriale in Deutschland straffrei ausgehen muß, andere Beteiligte aber bestraft werden. Von dieser praktischen und letztlich allein erheblichen Seite aus betrachtet, kann man die Exterritorialität als ein solches persönliches Verhältnis zum Empfangsstaat bezeichnen, welches die Strafbarkeit im Empfangsstaat ausschließt, wenn es auch die Bestrafung durch den Heimatstaat nach heimischem Rechte unberührt läßt.

13. Volksvertreterqualität: Nach Art. 36 RV. darf kein Mitglied des Reichstags oder eines Landtags zu irgend einer Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufs getanen Äußerungen gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb der Versammlung zur Verantwortung gezogen werden. Diese Bestimmung ist eine Zusammenfassung der in § 11 RStGB. und in Art. 30 der alten Reichsverfassung enthaltenen Normen und stellt im Gegensatz zur Exterritorialität als einer strafprozessualen Exemtion eine strafrechtliche Exemtion dar, die nicht nur die Verfolgung, sondern die Strafbarkeit selbst ausschließt, andererseits aber dem Deliktscharakter nicht entgegensteht. Mit Recht sagt Anschütz[16]): „Die durch Art. 36 den Volksvertretern gewährte Immunität ist ein persönlicher Strafausschliessungsgrund, nicht Unrechtausschließungsgrund; die durch Art. 36 gedeckte Äußerung ist und bleibt widerrechtlich, normwidrig, es entsteht nur kein Strafanspruch, . . . auch nicht nach dem Erlöschen der Parlamentsmitgliedschaft". Die individuelle Wirksamkeit dieses persönlichen Strafausschließungsgrundes ist unbestritten.

Schließlich können persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse verschiedenster Art die Schuld des Täters so gering erscheinen lassen, daß kein Bedürfnis für eine Bestrafung besteht, daß mithin ein „besonders leichter Fall" vorliegt, der dem Gerichte in den gesetzlich normierten Fällen das Absehen von Strafe gestattet. In „besonders leichten Fällen" ist ein Absehen von Strafe generell zugelassen bei Delikten Jugendlicher, beim untauglichen Versuch und bei Übertretungen (§§ 9 IV JGG., 26 III Satz 2, 383 E. 27).

§ 17.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit begründen.

Unter den Umständen, welche durch die natürliche Beschaffenheit eines Deliktes zu seiner kriminellen Verwirklichung erfordert werden, sind namentlich zu nennen:

[16]) Anm. 3 zu Art. 36 RV.

1. Männliches Geschlecht: Diese persönliche Eigenschaft ist erforderlich für die Alleintäterschaft der Notzucht, der unfreiwilligen Schwächung, der Beischlaferschleichung, der Verführung zum Beischlaf, der Zuhälterei und der Unzucht zwischen Männern (§§ 177, 176 Z. 2, 179, 182, 181a, 175 RStGB., 289, 309, 296, 297 E. 27). Mit anerkennenswerter Entschiedenheit haben sämtliche Entwürfe und damit auch E. 27 die männliche Eigenschaft als strafbegründendes Moment für den Geschlechtsverkehr unter Erwachsenen aufrecht erhalten.

2. Weibliches Geschlecht: Das Verbrechen der Kindstötung (§§ 217 RStGB., 252 E. 27) kann nur von Personen weiblichen Geschlechts und zwar nur von der Mutter des Kindes selbst begangen werden, da die Eigenart dieses Deliktes vornehmlich in dem durch den Geburtsakt bewirkten Erregungszustand zu erblicken ist.

3. Alter über 21 Jahren: § 300 II Satz 2 E. 27 bedroht mit Strafe die unentgeltliche Überlassung unzüchtiger Schriften durch Personen über 21 Jahren an noch nicht Sechzehnjährige, wenn die Tat begangen wird in der Absicht, das Geschlechtsgefühl zu überreizen oder irrezuleiten. Während die entgeltliche Überlassung auf alle Fälle strafbar ist, soll die unentgeltliche nur in den besonders verwerflichen Fällen erfaßt werden, in denen ein Erwachsener absichtlich die sexuellen Gefühle der Kinder und Jugendlichen unter 16 Jahren überreizen oder irreleiten will.

4. Verwandtschaft: Dieses persönliche Verhältnis macht den an sich straflosen allosexuellen Geschlechtsverkehr zwischen Erwachsenen zur Blutschande (§§ 173 I RStGB., 290 I und II Satz 1 E. 27).

5. Verwandtschaft aufsteigender Linie: Die an sich straflose Unzucht mit Minderjährigen wird nach § 291 E. 27 zu einem Verbrechen, wenn sie begangen wird von Verwandten aufsteigender Linie an ihren minderjährigen Verwandten absteigender Linie. Mit dieser Vorschrift schließt der Entwurf eine bedenkliche Lücke des geltenden Rechtes. Dieses enthält, abgesehen von den Fällen der Blutschande und der Unzucht mit Kindern keine Strafvorschrift gegen den Aszendenten, der mit einem Deszendenten Unzucht treibt. Wenn also z. B. der Vater mit seiner heranwachsenden Tochter unzüchtige Handlungen vornimmt, so bleibt er nach gegenwärtigem Rechte straffrei, obwohl ein solches Treiben nicht viel weniger verwerflich ist als die Blutschande. Dieser Mangel des RStGB. scheint umso seltsamer und seine Beseitigung im E. 27 umso erfreulicher, wenn man berücksichtigt, daß Vormünder, Adoptiv- und Pflegeeltern, Geistliche, Lehrer und Erzieher, die sich an ihren Pflegebefohlenen, Schülern oder Zöglingen vergehen, strenge Strafe verwirken (§ 174 Z. 1 RStGB.).

6. Geschwisterverhältnis: Dieses persönliche Verhältnis verleiht dem Beischlaf einen Deliktscharakter (§§ 173 II RStGB., 290 II Satz 2 E. 27).

7. Ehegattenverhältnis: Nach gegenwärtigem wie künftigem Recht wird wegen Doppelehe bzw. Ehebruch bestraft, wer, obwohl er selbst verheiratet ist, eine neue Ehe eingeht bzw. die Ehe bricht, ferner wer, wenn auch selbst unverheiratet, mit einer verheirateten Person in Kenntnis ihrer Verheiratung eine Ehe eingeht bzw. deren Ehe bricht (§§ 171/2 RStGB., 310 I, 312 E. 27). Als strafbegründendes Verhältnis des Täters oder Teilnehmers erscheint die Ehegattenqualität jedoch nur auf Seiten der verheirateten Person, die mit einer unverheirateten die eigene Ehe bricht oder eine Doppelehe eingeht.

Verheiratet ist auch, wer in einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe lebt, solange diese Ehe nicht durch Tod oder Scheidung aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist (§§ 1329 Satz 1, 1343 II BGB.). Für die Doppelehe ist man allgemein zu der Auffassung gelangt, daß es sich hier um ein Zustandsverbrechen handelt, das mit dem Abschluß der zweiten Ehe vollendet ist. Beim Ehebruch ist nach geltendem wie künftigem Recht die Strafverfolgung nur auf Verlangen einzuleiten und davon abhängig, daß die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden worden ist.

8. Überordnungsverhältnis: Verschiedene Handlungen sind nur strafbar, wenn sie begangen werden unter Mißbrauch eines Überordnungsverhältnisses, so Unzucht mit Minderjährigen oder mit Anstaltsinsassen, Nötigung zum Beischlaf, Kuppelei an Gewaltunterworfenen, Ausschicken Gewaltunterworfener zum Betteln oder Unterlassung der Abhaltung vom Betteln, Verleitung untergebener Beamter zu einem Amtsdelikt, vorsätzliches Verlassen einer hilflosen Person, zu deren Fürsorge man verpflichtet ist, und Verlassen eines Kindes durch den Fürsorgepflichtigen zum Zwecke der Entledigung (§§ 174, 181 Z. 2, 361 Z. 4, 357, 221 RStGB.; 292, 293 II, 294, 289, 307, 371, 144, 257 II, 315 E. 27). Bei all diesen Handlungen liegt das strafbegründende Moment in der autoritativen Stellung und in der Mißachtung der durch sie begründeten Pflichten. Auch die Stellung des Ehemannes gegenüber seiner Frau kann in gewissem Sinne als Überordnungsverhältnis angesehen werden, welches die weder gewohnheitsmäßige noch eigennützige noch hinterlistige Kuppelei zu einer strafbaren Handlung macht. Auch bei der Verkuppelung der Kinder durch ihre Eltern ist nicht das Elternverhältnis als solches, sondern die durch dasselbe begründete autoritative Stellung das strafbegründende Moment. Die Strafbarkeit der unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses begangenen Nötigung zum Beischlaf ist eine Neuerung gegenüber dem geltenden Recht.

9. Vertrauensstellung: Auch dieses persönliche Verhältnis verleiht mancher sonst straflosen Handlung einen Deliktscharakter. So nach gegenwärtigem und künftigem Recht bei wissentlichem Parteiverrat durch Rechtsbeistände (§§ 356 RStGB., 195 E. 27), bei Verrat von Privatgeheimnissen durch Ärzte, Apotheker und andere Medizinalpersonen, Rechtsvertreter und nichtbeamtete Notare sowie durch deren Gehilfen und Personen im Vorbereitungsdienst (§§ 300 RStGB., 325 E. 27). Außerdem setzt der Tatbestand der Untreue den Mißbrauch einer Vertrauensstellung voraus (§§ 266 RStGB., 348 E. 27). Für das künftige Recht ist ferner zu nennen die Verletzung des Steuergeheimnisses durch amtlich zugezogene Sachverständige (§ 143 E. 27). Zugrunde liegt der Gedanke, daß derjenige, welcher infolge seiner beruflichen Stellung das besondere Vertrauen seiner Mitmenschen genießt, die Pflicht hat, sich durch sorgfältige Erfüllung der beruflichen Sonderpflichten dieses Vertrauens würdig zu erweisen.

10. Deutsche Staatsangehörigkeit: Während der Grundsatz, daß in Deutschland begangene Delikte auch dann strafbar sind, wenn der Täter ein Ausländer ist (§ 5), eine praktische Durchbrechung durch die Exterritorialität erleidet, erfährt der weitere Grundsatz, daß im Ausland begangene Straftaten in Deutschland nicht verfolgt werden, eine Durchbrechung durch die sogenannten Weltverbrechen (§ 6) und namentlich auch dadurch, daß für Aulandstaten, die durch die Gesetze des Tatortes mit Strafe bedroht sind, die Strafgesetze des Reiches dann Anwendung finden, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist (§ 4 II Z. 3 RStGB., § 7 Nr. 1 E. 27). Für solche Auslandstaten, die nicht zu den Weltverbrechen gehören, ist also die deutsche Staatsangehörigkeit strafbegründendes Merkmal. Strafbegründend ist die deutsche Staatsangehörigkeit ferner für die im Inland begangene landesverräterische Waffenhilfe (§§ 88 RStGB., 95 I Nr. 2 E. 27) sowie für die landesverräterische Begünstigung des Feindes (§§ 89/90 RStGB., 95 II E. 27). Für das geltende Recht ist ferner zu nennen die landesverräterische Konspiration und der im Ausland begangene Landesverrat (§§ 87, 4 II Z. 2 RStGB.).

11. Beamtenverhältnis: Bezüglich des Begriffes „Amtsträger" und der darin enthaltenen Erweiterung gegenüber dem geltenden Recht vgl. oben § 14 Ziffer 6.

Als strafbegründendes persönliches Verhältnis kommt die Beamtenqualität namentlich bei folgenden reinen Amtsdelikten in Betracht: Passivbestechung für eine zulässige oder unzulässige Amtshandlung (§§ 331/2 RStGB., 123, 124 I E. 27), Richterbestechlichkeit (§§ 334 I RStGB., 125 E. 27), wissentliche Rechtsbeugung (§§ 336 RStGB., 129 E. 27), Gebühren- und Abgabenüberhebung sowie Vorenthalten gebührender Leistun-

gen (§§ 352/3 RStGB., 136 E. 27), Verbrechen bei der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung (§§ 343—346 RStGB., 137/8 E. 27), Verletzung des Steuergeheimnisses (§§ 376 RAO., 143 E. 27), Verleitung eines Untergebenen zu einem Amtsdelikt (§§ 357 RStGB., 144 E. 27), Unzucht unter Mißbrauch der Amtsstellung (§§ 174 I Z. 2 und 3 RStGB., 293 I E. 27), falsche Beurkundung und unrichtige Beglaubigung im Amt (§§ 348 I, 349 RStGB., 132, 133 I E. 27), deutsche Amtspflichtverletzungen im Ausland (§§ 4 II Z. 1 RStGB., 6 Nr. 2 E. 27), Verwahrungsbruch (§ 160 E. 27), fahrlässiges Entweichenlassen von Gefangenen (§ 157 E. 27).

Als Änderungen gegenüber dem geltenden Recht sind namentlich festzustellen: Die Vorschrift über die Pflichtverletzung von Beamten des auswärtigen Amtes ist nach verschiedenen Richtungen weiter ausgebaut worden (§§ 353a RStGB., 141 E. 27); neu aufgenommen ist eine Vorschrift, durch die Amtspflichtverletzungen von Polizeibeamten in kritischen Zeiten mit krimineller Strafe bedroht werden (§ 139 E. 27). Eine wichtige Erweiterung gegenüber dem geltenden Rechte liegt darin, daß die Verletzung des Amtsgeheimnisses unter gewissen Voraussetzungen allgemein unter Strafe gestellt wird (§ 140 E. 27). Dagegen hat der Entwurf nicht aufgenommen die Vorschrift des § 338 RStGB., wonach Religionsdiener und Personenstandsbeamte strafbar sind, wenn sie eine verheiratete Person neuerdings trauen. Religionsdiener können eine bürgerlich gültige Eheschließung überhaupt nicht mehr vornehmen, die Bestrafung der Standesbeamten aber ist aus dem Gesichtspunkt der Teilnahme an dem Verbrechen der Doppelehe genügend gesichert (§ 310 E. 27).

12. Militärpersonenverhältnis: Dieses persönliche Verhältnis ist strafbegründendes Merkmal bei den sogenannten eigentlichen oder reinen Militärdelikten (z. B. §§ 62, 64, 84 MStGB.). Was die Möglichkeit strafbarer Teilnahme von Zivilisten an rein militärischen Delikten anlangt, so liegt es nahe, eine analoge Behandlung wie für die reinen Amtsdelikte eintreten zu lassen. Während aber die Strafbarkeit des extraneus-Teilnehmers am reinen Amtsdelikt so ziemlich allgemein anerkannt ist, vertreten besonders Koppmann[1]) und Sonanini[2]) für die rein militärischen Delikte den Standpunkt, daß strafbare Teilnahme von Zivilisten nicht möglich sei. Zur Begründung weisen sie darauf hin, daß sich weder im RStGB. noch im MStGB. eine grundsätzliche Strafandrohung an Zivilisten wegen Teilnahme an militärischen Delikten vorfindet, daß daher die §§ 112, 141, 142 II und 143 II RStGB. als die einzigen Fälle anzusehen seien, in denen nach dem Willen des Gesetzgebers der am reinen Militärdelikt teilnehmende Zivilist

[1]) a.a.O. 30 ff.
[2]) a.a.O. 27.

strafbar sein soll. Dieser Ansicht können wir uns mit der herrschenden Lehre nicht anschließen. Wie beim Sonderverbrechen überhaupt, so auch beim Militärdelikt sind zwar primär lediglich die Angehörigen jenes speziellen Kreises der Vinkulierung unterworfen, subsidiär dagegen auch jeder Außenstehende. Diese Grundidee fordert gebieterisch, der strafbaren Teilnahme von Nichtbeamten an reinen Amtsdelikten die strafbare Teilnahme von Zivilisten an reinen Militärdelikten an die Seite zu stellen. Bezüglich des künftigen Rechtes vgl. bes. auch oben beim Sonderdelikt.

13. Gemeinschädlichkeit: E. 27 bestraft Bettel und Landstreicherei nur dann, wenn sie begangen werden aus Liederlichkeit, Arbeitsscheu oder Hang zu ungeordnetem Leben; für die erwähnten Delikte ist ein solches gemeinschädliches Verhalten also strafbegründendes Moment. Des näheren, besonders auch wegen der Zulässigkeit sichernder Maßnahmen, vgl. oben § 14 Z. 8.

14. Gewerbsmäßigkeit: Dieses persönliche Verhältnis zur Tat ist nach gegenwärtigem wie künftigem Recht strafbegründendes Moment für das nichtöffentliche Glücksspiel (§§ 285 RStGB., 359 E. 27), für den Sachwucher (§§ 302e RStGB., 341 E. 27) und für die Unzucht unter Übertretung von Polizeivorschriften (§§ 361 Z. 6a RStGB., 373 E. 27). Der Entwurf kennt die Gewerbsmäßigkeit als strafbegründenden Umstand ferner beim Bettel (§ 370 II E. 27), dagegen nicht mehr bei Verleitung zur Auswanderung (§ 144 RStGB.).

15. Gewohnheitsmäßigkeit: Sie begründet die Strafbarkeit für Schutzgewährung an eine Dirne (§§ 181a I RStGB., 309 E. 27), für Veranstaltung von Glücksspielen in Vereinen und geschlossenen Gesellschaften (§§ 284 II RStGB., 357 II E. 27) und Unzucht unter Übertretung von Polizeivorschriften (§§ 361 Z. 6a RStGB., 373 E. 27). Das gegenwärtige Recht kennt darüber hinausgehend die Gewohnheitsmäßigkeit ferner bei Inverkehrbringen verringerter Münzen, Kuppelei und Sachwucher (§§ 150, 180, 302e RStGB.). Die beiden letzteren Fälle sind im Entwurf als „Besonders schwere Fälle" hinreichend erfaßt.

Das RStGB. kennt als strafbegründendes Verhältnis ferner die Schwägerschaft, die den Beischlaf zur Blutschande macht (§ 173 II RStGB.). Verschiedene Schriftsteller[3]) haben die Berechtigung dieser Strafdrohung bestritten, da von einer naturwidrigen Blutvermischung hier nicht mehr die Rede sein könne, und E. 27 hat die Berechtigung dieser Forderung anerkannt und den Beischlaf unter Verschwägerten straflos gelassen. Auch die Ausländerqualität als strafbegründendes Moment für unbefugte Küstenfischerei (§ 296a RStGB.) findet sich im E. 27 nicht vor.

[3]) z. B. Aschrott bei Aschrott-Kohlrausch 225, Kronecker daselbst 327.

§ 18.

Schlußwort.

Während der erste Hauptteil der vorliegenden Arbeit sich mit der klaren Herausstellung des Problems beschäftigt, haben wir im zweiten Hauptteil versucht, jene Wege aufzuzeigen, die das gegenwärtige Recht und die verschiedenen Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch beschreiten, um zu einer gerechten Regelung des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer zu gelangen; der dritte Hauptteil schließlich soll die praktische Tragweite unserer Frage im allgemeinen wie der an die einzelnen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse sich knüpfenden Spezialprobleme im besonderen dartun. Dabei waren wir uns stets bewußt, daß jene Auffassung irrig ist, welche meint, irgend eine strafrechtliche Spezialfrage könne ohne Zusammenhang mit der strafrechtlichen Gesamtauffassung fruchtbar erörtert werden. So mußten wir immer wieder auf die Teilnahmelehre als solche und das in verschiedenen Zeiten eine verschiedene Intensität aufweisende Accessorietätsprinzip zurückkommen, so führt uns letztlich der Weg mit Naturnotwendigkeit zu der großen Kontroverse: Vergeltungsstrafrecht oder Schuldstrafrecht. Es unterliegt keinem Zweifel, daß in den Entwürfen überhaupt und je jünger sie sind, desto mehr die Vergeltungsidee in den Hintergrund gedrängt ist, jene Idee, von der Köhler[1]) sagt: „Wenn der Gesetzgeber am besten tut, eine klar und systematisch durchdachte Theorie als Grundlage seiner Strafrechtssätze zu nehmen, so glauben wir, daß er keine gesundere und dem deutschen Volke entsprechendere finden kann wie diejenige, welche den Vergeltungsgedanken als oberstes Richtmaß anerkennt". Hat dieses zweifellos gesunde Prinzip in unserer nach Erfassung der Individualität tastenden Zeit alle Bedeutung verloren? Wir glauben es nicht. Zwar ist es richtig, wenn Graf Dohna[2]) sagt, es werde heute kein noch so dickes Buch über die Vergeltungsstrafe mehr im Stande sein, dem Gesetzgeber die neu erschlossenen Horizonte zu versperren, daß die Strafe nach Art und Maß der Persönlichkeit des Täters anzupassen sei; doch haben sich die Entwürfe nicht dazu verstiegen, dem von der Persönlichkeit des Täters losgelösten verbrecherischen Geschehen jeden Einfluß auf Art und Höhe

[1]) Studien zum VE., 47.
[2]) In Jur. Wochenschrift 1921, Heft 7, S. 368.

der Strafe zu versagen. Auch glauben wir, daß es selbst im Zeitalter der Kriminalbiologie und Psychoanalyse weder wünschenswert noch annehmbar wäre, wenn das geschichtlich Gewordene und Erprobte einem willkürlichen Experimentieren weichen müßte. So werden wir mit Notwendigkeit auf den Weg des Kompromisses gedrängt, der uns, wie so oft, auch hier als der einzig gangbare erscheint. Wir glauben hoffen zu dürfen, daß ein s o l c h e r Kompromiß der Güte des künftigen Strafrechts nicht abträglich sein wird, sondern im Gegensatz zu den Extremen eine „Goldene Mitte" bedeutet.

Der Verfasser

Anton Josef Heinzl wurde geboren zu Burghausen an der Salzach am 25. Oktober 1906 als Sohn des Kaufmanns Anton Heinzl und seiner Ehefrau Babette, geborene Löffl. Nachdem er am 25. März 1926 seine humanistischen Gymnasialstudien zu Burghausen beendet hatte, bezog er die Universität zu München, wo er neben den juristischen insbesondere auch philosophischen und nationalökonomischen Studien oblag. Am 9. mit 12. Dezember 1929 bestand er den schriftlichen und am 1. Februar 1930 den mündlichen Teil der ersten Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in Bayern und ist seit 1. März 1930 als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienste tätig.